

## MECANISMOS CONSTITUCIONALES PARA LA IMPUGNACIÓN DE LAS RESOLUCIONES EMANADAS DE LA COMISIÓN RESOLUTIVA ANTIMONOPOLIO

*Ignacio Barón Alsina*

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile

### INTRODUCCIÓN

Todo ordenamiento jurídico debe resolver el tema ineludible que se plantea en relación a recursos escasos frente a necesidades múltiples y alternativas, creando para ello un mecanismo de asignación de recursos que de acuerdo con la filosofía que lo inspire presentará una diferente fisonomía. Nuestro ordenamiento jurídico, básicamente desde 1973, ha pretendido darle un lugar preponderante al mercado, y reflejo de ello ha sido la dictación del Decreto Ley 211, de 1973, que constituye la denominada Ley Antimonopolios\*.

Lo que ha inspirado a nuestro ordenamiento jurídico ha sido la filosofía liberal cuya premisa fundamental es que la libertad económica conduce a la óptima utilización de los factores productivos. Esta idea se basa en el presupuesto de que concurriendo en un mercado una multiplicidad de oferentes y demandantes, las condiciones generales de los negocios que se concreten serán las óptimas, tanto en los términos de justicia como particularmente de eficiencia en la asignación de recursos.

La experiencia, sin embargo, nos ha demostrado que los mercados son —en su mayoría— imperfectos, siendo muy excepcionales aquellos en que se cumplen plenamente los requisitos del mercado perfecto. Si bien los mercados perfectos “químicamente puros” solo existen en el laboratorio, la realidad económica presenta diversos ejemplos de distorsiones significativas que se apartan de este modelo. De ahí, entonces, que surja la legislación antimonopolios como una forma de evitar y corregir algunas de las deficiencias de esos mercados.

\* Las nuevas modificaciones aprobadas recientemente por el Congreso Nacional al Decreto Ley 211, de 1973, que fijó normas para la defensa de la libre competencia y cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue establecido mediante el Decreto Supremo 511, de 1980, reemplazan las Comisiones Preventivas y Resolutiva por un tribunal debidamente constituido, órgano que tendrá a su cargo la resolución de los conflictos en esta materia, el que pasa a denominarse “Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”. En efecto, se ha creído conveniente eliminar las Comisiones Preventivas y transformar la Comisión Resolutiva en un tribunal, permitiendo que la Fiscalía Nacional Económica se concentre en las investigaciones y en la actuación como parte en los procesos que se susciten, representando el interés general de la colectividad en el orden económico. A este nuevo tribunal se le reconoce explícitamente su calidad de órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia correctiva, discrecional y económica de la Corte Suprema. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia pasa a ser el continuador legal de la Comisión Resolutiva y mantiene prácticamente todas sus atribuciones actuales, adquiriendo, además, la condición de órgano consultivo que hoy tienen las Comisiones Preventivas. La nueva ley entrará en vigencia transcurridos noventa días desde su publicación, sin perjuicio de lo cual las Comisiones Preventivas y Resolutivas subsistirán y continuarán conociendo los asuntos sometidos a su consideración, hasta la instalación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Del mismo modo, se prorroga hasta la instalación referida el período de duración en sus cargos de los integrantes de las Comisiones. Dichos organismos continuarán recibiendo el apoyo técnico y administrativo que les preste la Fiscalía Nacional Económica hasta la designación del nuevo personal de planta del Tribunal, lo que se efectuará transcurridos sesenta días desde la fecha de su instalación. Por último, el Presidente de la República deberá, en el plazo de un año, fijar mediante un decreto con fuerza de ley del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley 211.

De esta suerte, atenta contra la eficiencia del mercado la existencia de los monopolios, ya que el sujeto que detenta esta situación de privilegio se verá favorecido por una ganancia extraordinaria, la que además de ser injusta producirá inevitablemente una ineficiente asignación de los recursos productivos (Baste recordar que el monopolio produce una pérdida social porque produce menos que el óptimo y a un mayor precio generando recursos ociosos).

El 22 de diciembre de 1973 se promulgó el Decreto Ley N° 211, que fijó normas para la libre competencia y que vino a reemplazar el título V de la Ley N° 13.305, de 6 de abril de 1959, que fue la primera expresión legislativa sobre la materia. Tanto la nueva ley como la anterior describen el acto o delito de monopolio como todo y cualquier atentado a la libre competencia, no siendo necesario que el daño o atentado llegue a consumarse o realizarse, sino que basta que el acto ejecutado tenga la virtud o capacidad de producir el daño o entorpecimiento de la libre competencia.

Por lo anterior, no es indispensable la configuración jurídico-penal del delito de monopolio, en cuanto delito penal, para que puedan intervenir y tomar medidas de corrección y aun de sanción administrativa los organismos creados por el D.L. 211, cuyo objetivo principal es prevenir, investigar, corregir y reprimir los ilícitos en que pueda incurrirse.

En efecto, el cuerpo legal del D.L. 211 establece las llamadas Comisiones Preventivas Provinciales y Central, que son de índole regional, cuya función es precisamente preventiva y correctora, constituyéndose como la primera instancia para algunas resoluciones. Sus facultades sancionadoras y correctivas son limitadas. Establece, además, la llamada Comisión Resolutiva, que tiene el carácter que indica su nombre, la que también tiene potestades correctivas de tipo administrativo y, discrecionalmente, puede ordenar el ejercicio de la acción penal. Paralelamente a los organismos ya referidos la ley creó un servicio público permanente denominado Fiscalía Nacional Económica (de la Defensa de la Libre Competencia), cuya función principal es representar el interés general o público ante aquellos organismos y ante la justicia ordinaria. Al mismo tiempo, está encomendado a la fiscalía recibir denuncias, practicar investigaciones, informar a las comisiones y prestarles apoyo administrativo.

La creación de esta estructura orgánica es de vital importancia, puesto que a ella corresponde el cumplimiento de una función de por sí relevante en la economía nacional, cual es la defensa de la Libre Competencia.

La Comisión Resolutiva es el organismo superior del sistema y a ella se han confiado funciones de naturaleza administrativa como jurisdiccional. En el segundo aspecto compete a la Comisión conocer de las conductas que pudieran infringir la ley, sea de oficio o a petición del Fiscal (los particulares carecen de acción al efecto). Se inicia así un proceso, sometido a particulares reglas, en el que son partes el Fiscal, por un lado, y el o los presuntos infractores, por el otro. Culmina este proceso con una sentencia definitiva —“Resolución”— que determinará si la conducta es lícita o ilícita, caso este en que podrá, a la vez, imponer determinadas sanciones, entre ellas: (1) multas; (2) modificar o poner término a actos, convenciones o sistemas contrarios a la ley; (3) ordenar la modificación o disolución de las sociedades u otras personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en el ilícito; (4) ordenar al Fiscal el ejercicio de la acción penal, presupuesto indispensable para el inicio y desarrollo del correspondiente proceso criminal (puesto que la jurisdicción criminal queda reservada a la justicia ordinaria, siendo esta acción penal privativa de la autoridad, no correspondiéndole a la Comisión Resolutiva pronunciarse sobre un posible delito ni declarar responsabilidad penal de ninguna especie), etc.

El legislador chileno ha creído conveniente, para una mejor aplicación de las disposiciones restrictivas de las prácticas antimonopólicas, constituir un organismo especial, con varias funciones, que en la práctica doctrinaria se ha denominado Comisión Antimonopolio, ya que no juzgó conveniente entregar a los tribunales ordinarios de justicia el conocimiento de las denuncias sin una previa investigación, con lo que se propuso revestir de mayor seriedad los procedimientos a que diere lugar la acción represiva de las prácticas monopolísticas.

Las resoluciones de la Comisión —según dispone la ley— no son susceptibles de recurso alguno, salvo el de reclamación que, solo para determinados casos, es conocido por la Corte

Suprema en una de sus salas, previa vista del Fiscal de este tribunal. El recurso deberá interponerse en el plazo de 10 días hábiles, contados desde la respectiva notificación. Se verá en lugar preferente de la tabla, no podrá suspenderse la vista de la causa y se fallará en conciencia. No obstante lo enfático del texto legal y toda vez que la Comisión ejerce la función jurisdiccional, es de estimarse que –de reunirse los requisitos pertinentes– será también procedente el Recurso de Queja.

Esto es así, puesto que el Recurso de Queja además de ser una institución cuyos alcances prosperan en el ámbito disciplinario, constituye también un medio idóneo para la impugnación de resoluciones, según se desprende de la propia definición del artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, en la que se instituye como un recurso para corregir faltas o abusos graves cometidos en una resolución jurisdiccional.

El recurso de reclamación consagrado en el artículo 19 del D.L. 211 se establece para reclamar solo aquellas resoluciones de la Comisión Resolutiva que dispongan (1) la modificación o disolución de las personas jurídicas, (2) la inhabilidad para ocupar determinados cargos en colegios profesionales o instituciones gremiales y (3) la aplicación de multas.

Sin embargo, estimamos que frente a la desprotección evidente del cuerpo legal del D.L. 211 ante otro tipo de resoluciones, acuerdos, requerimientos, pronunciamientos, órdenes, instrucciones, informes, etc., son procedentes los recursos constitucionales, tanto el Recurso de Protección, que tiene como fin proteger a los particulares frente a actos u omisiones arbitrarios o ilegales que produzcan privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de ciertos derechos y garantías individuales especialmente amparados por el constituyente, como también el Recurso de Amparo Económico –denominado así por la doctrina– establecido en el artículo único de la Ley N° 18.971, que concede acción popular para denunciar las infracciones al artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental. Se trata de una acción jurisdiccional de carácter conservador, especial y popular, en que el actor no necesita tener interés actual en el recurso, creada con el objeto de cautelar la garantía constitucional de la libertad económica. La infracción puede consistir en privaciones del derecho, perturbaciones o amenazas o cualquier otra forma de vulneración de cualquier elemento constitutivo del precepto del referido N° 21.

Esto se da en la práctica, por ejemplo, cuando la Comisión Resolutiva, a requerimiento del Fiscal, se avoca al conocimiento de una denuncia efectuada por alguna empresa de alguna situación que pudiese importar infracción al D.L. 211. Fruto de la investigación por parte del organismo antimonopólico, podría este pronunciarse sobre tal situación adoptando una o varias resoluciones, como lo sería la dictación de una medida precautoria que impida la realización de cualquier acto sin la correspondiente aprobación del aludido ente.

Es de estimarse que frente a esta situación el denunciado se verá muchas veces afectado gravemente en el libre ejercicio de su actividad económica. Es por esto que sostenemos que frente a todas aquellas otras resoluciones que no sean de aquellas susceptibles del recurso de reclamación especial establecido en el artículo 19 del D.L. 211 pueda, respecto de ellas, recurrirse ante los tribunales ordinarios, en este caso la Corte de Apelaciones respectiva, para que adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho, en el caso del Recurso de Protección, o para que investigue la infracción denunciada y de curso progresivo a los autos hasta el fallo respectivo, en el caso del Recurso de Amparo Económico. Todo lo anterior en consideración a la supremacía de los preceptos constitucionales por sobre toda otra disposición de nuestro ordenamiento jurídico.

Al finalizar este trabajo se espera concluir que resulta necesario garantizar la libre competencia previniendo la existencia del monopolio y de las prácticas monopólicas y sancionando drásticamente su ejecución, pero habida cuenta que el Decreto Ley N° 211, de 1973, si bien otorga competencia, facultades y atribución a los órganos de la libre competencia, no permite, ni podría constitucionalmente hacerlo, que dichos órganos, en ejercicio de sus facultades legales, puedan regular, limitar o restringir las garantías constitucionales.

Las garantías constitucionales solo pueden ser reguladas, limitadas o restringidas por el legislador y en los casos que lo autoriza la Constitución y con las limitantes que ella ordena.

Tratándose de actividades económicas lícitas, solo es posible regular su ejercicio en virtud de una ley.

El derecho de dominio, sus facultades esenciales y la posibilidad de adquirir bienes consagrados en los números 21, 23 y 24 del artículo 19 de la Constitución solo pueden ser limitados o restringidos por un texto expreso de la ley sin que este pueda entregar o delegar tal facultad en órganos de la administración.

Por todo lo anterior, se concluye que el ejercicio de la actividad económica constituye un derecho de las personas que el Estado debe respetar y proteger.

#### LA COMISIÓN ANTIMONOPOLIO

##### *I. Atribuciones y naturaleza jurídica de la Comisión Resolutiva.*

El artículo 6° del D.L. 211 consagra el marco de atribuciones de los órganos antimonopolio, describiendo genéricamente las funciones mediante las cuales se intenta erradicar el ilícito. Estas son la prevención, investigación, corrección y represión de los atentados a la libre competencia o de los abusos de todo aquel que detente una situación monopólica, aun cuando no constituya delito.

La ley dotó a los órganos antimonopolio de la potestad necesaria para ejercer una o más de dichas funciones. La importancia práctica de estos entes, especialmente de las Comisiones Preventivas y Resolutiva, es de suyo trascendental, puesto que con lo escueto de la ley ellas se constituyen como fundamentales al momento de interpretar su espíritu y, de este modo, van definiendo el ámbito de esta normativa legal. Puede decirse, entonces, que esta jurisprudencia ha ido marcando la forma en la cual se aplicará la ley en el futuro y que con su actuar va fijando el campo de acción de los particulares, por lo que tiene que observar un especial cuidado al momento de fijar límites para que estos sean congruentes con el papel que se le quiere dar al sector privado en una economía moderna. Sin embargo, un obstáculo para lograr predictibilidad del órgano antimonopolio está dado por la composición aleatoria de sus integrantes y por los cambios periódicos de los mismos en sus funciones, lo que no permite generar una línea jurídica clara.

Con respecto a esto puede decirse que la composición de la Comisión Resolutiva fue determinada por las Comisiones Conjuntas de Gobierno Interior y de Hacienda de la Cámara de Diputados casi en los mismos términos en que fue establecida en definitiva por la Ley N° 13.305, de 1959. En ese texto legal la Comisión Antimonopolio se componía de tres miembros:

1. Un Ministro de la Corte Suprema, correspondiendo a este tribunal la designación de la persona que ha de integrar la comisión.
2. El Superintendente de Compañías de Seguro, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio, designado por el Presidente de la República por disponerlo así el artículo 154 del Decreto con Fuerza de Ley 251, de 20 de mayo de 1931, que legisla sobre Compañías de Seguro, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio, y
3. El Superintendente de Bancos, designado también por el Presidente.

La nueva legislación del D.L. 211 junto con la disposición respectiva del D.L. 2.760 de 1979, en lo que se refiere a la composición de la Comisión, es tomada por el texto del Decreto 511 de 1980 en su artículo 16, dejándola establecida de la siguiente forma:

1. Un Ministro de la Corte Suprema, designado por este Tribunal;
2. Un Jefe de Servicio designado por el Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción;
3. Un Jefe de Servicio designado por el Ministro de Hacienda;
4. Un Decano de una Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de una universidad con sede en Santiago, y

5. Un Decano de una Facultad de Ciencias Económicas de una universidad con sede en Santiago.

Los integrantes de la Comisión durarán dos años en sus cargos. Los señalados en los números 4 y 5 serán designados por sorteo ante el Presidente de la Comisión en conformidad a las normas internas que este acuerde. Un abogado de planta de la Fiscalía Nacional Económica actuará como Secretario de esta Comisión y él mismo u otro profesional de este Servicio actuará como relator en los asuntos que conozca.

La forma de integrar la Comisión en los términos que se han señalado obedece a la necesidad de que en ella esté representado el Poder Judicial, el mundo académico y dos representantes del Gobierno, nombrados por los Ministerios de Hacienda y Economía. El problema que presenta la composición de la institución antimonopólica es que el sistema de elección es totalmente aleatorio y los nuevos miembros tienen que ser, literalmente, sorteados entre todos los decanos de las universidades con sede en Santiago que, aunque sean de Economía o Derecho, no siempre son expertos en el tema de competencia, mercados, precios, etc. El hecho de que en la Comisión Resolutiva hayan también dos representantes del Gobierno es contraproducente porque este organismo debiera ser eminentemente profesional y no caer en el cuoteo político. Por lo tanto, los problemas que reviste la Comisión en esta materia obedecen a la forma como se designa a sus cinco miembros, lo que no garantiza su eficiencia ni su idoneidad.

Además, es necesario señalar que no siempre los designados por el Gobierno de turno o los que salen sorteados pueden ser técnicos en el tema de monopolios, constituyendo esto un peligro para muchas empresas al ver que su suerte está dependiendo de gente sin experiencia.

Cabe advertir que durante esta administración se promovió un anteproyecto para modificar la composición de la Comisión Resolutiva, motivado por el entonces Ministro de Economía José de Gregorio, el cual apuntaba a una transformación en un doble sentido: Por un lado, mayor estabilidad y especialización de sus miembros y, por otro, más independencia del Poder Ejecutivo.

#### *Facultades de la Comisión Resolutiva:*

La Comisión Resolutiva realiza funciones de diverso contenido, lo que acarrea dificultades al momento de determinar su naturaleza jurídica. Las facultades de esta Comisión se encuentran contenidas, de manera específica, en el artículo 17 del D.L. 211, ampliadas por el D.L. 2.760 de 1979, de gran amplitud para conocer, investigar con las más amplias atribuciones y adoptar, en cada caso, si fuere necesario, una o más de las siguientes resoluciones:

- 1) Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos contrarios a la libre competencia.
- 2) Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas que hubiesen intervenido en toda clase de actos u operaciones de esta naturaleza.
- 3) Declarar la inhabilidad temporal de los responsables para ocupar cargos directivos en cuerpos intermedios.
- 4) Aplicar multas hasta por el valor de 10.000 Unidades Tributarias.
- 5) Ordenar al Fiscal Nacional el ejercicio de la acción penal respecto de los delitos a que se refieren los artículos 1° y 2°.

Las facultades de la Comisión Resolutiva pueden clasificarse de la siguiente manera<sup>1</sup>:

<sup>1</sup> Esta clasificación se tomó de la realizada por el autor Domingo Valdés Prieto en su texto "La discriminación arbitraria en el derecho económico: especialmente en la legislación antimonopólica" (Santiago, Chile. Editorial Jurídica ConoSur, 1992).

a) *Función jurisdiccional*

La Comisión Resolutiva está dotada de esta potestad pública que le permite, según se desprende del artículo 17, letras a) y e) y artículo 18 inciso 4° del D.L. 211, conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Es la misma Comisión Resolutiva la que señala que su competencia se extiende a todas aquellas situaciones de carácter fáctico y jurídico que entraben o puedan entrabar la libre competencia, pero, más allá de ese campo, está impedida para actuar<sup>2</sup>. La sentencia, por su parte, puede condenar a cualquiera de las sanciones que señala la ley<sup>3</sup>.

b) *Función de información*

La comisión tiene un conjunto de potestades ordenadas a informar a las autoridades públicas pertinentes sobre ciertos atentados a la libre competencia. Así, este organismo tiene como atribución y deber requerir las modificación o derogación de preceptos legales y reglamentarios que lesionen la libre competencia y el bien común económico<sup>4</sup>. Para este requerimiento no cuenta con fuerza coactiva, sin perjuicio de la responsabilidad extracontractual en que pudiere incurrir la autoridad pública que hiciere caso omiso de aquel. También, cumpliendo con su función de informar, debe ordenar al Fiscal Nacional el ejercicio de la acción penal respecto de aquellos hechos que revisten el carácter de delito de monopolio. Por otra parte, corresponde al organismo emitir los informes que le fueren solicitados al tenor de los artículos 4° y 5°<sup>5</sup>.

c) *Función reglamentaria*

Característico de un ente público autónomo, la Comisión Resolutiva ejerce una potestad reglamentaria que procede de su calidad de superior jerárquico administrativo. Esta potestad le permite emitir órdenes de carácter general dirigida a terceros, no teniendo por objeto solo la regulación interna del órgano emisor, sino también la conducta de otros. Los destinatarios son todos aquellos particulares que celebren actos o contratos que pudieren atentar contra la libre competencia<sup>6</sup>.

De todo lo anterior se desprende que la Comisión Resolutiva parece exhibir una doble naturaleza: jurisdiccional y administrativa.

Por una parte, se comporta como un tribunal de justicia ocupando una posición en la jerarquía del Poder Judicial, constituyendo sus resoluciones jurisprudencia judicial al comprobarse el hecho de que algunas de ellas han sido conocidas por la Corte Suprema mediante el ejercicio de recursos judiciales. Por otra, realiza funciones administrativas que permiten calificarlo de ente público autónomo, generando esta potestad jurisprudencia, aunque de naturaleza administrativa.

La determinación de cuándo una resolución es una decisión jurisdiccional y cuándo es una decisión meramente administrativa debe analizarse caso a caso atendiendo a su contenido. Cabe recordar, eso sí, que el artículo 18 del D.L. 211 habla de resoluciones cuando se refiere a acuerdos de la Comisión y denomina sentencia a su decisión final. Además, en el artículo 19 se definen los casos en que esta será reclamable ante la Corte Suprema, la que deberá resolver previo informe del Fiscal.

En la opinión del tratadista Enrique Evans de la Cuadra, "... Todos estos elementos definen ya a la Comisión como un tribunal especial de justicia. Pero, si aún cupiera alguna

<sup>2</sup> Resolución N° 22, Considerando 14°.

<sup>3</sup> Tales sanciones las encontramos en el Artículo 17, letra a), números 1), 2), 3) y 4), del D.L. 211.

<sup>4</sup> Artículo 17, letra d), del D.L. 211.

<sup>5</sup> Dar su informe favorable para que el Presidente de la República pueda autorizar por Decreto Supremo fundado la celebración o el mantenimiento de actos o contratos de carácter monopólico e informar acerca del establecimiento de algún estanco.

<sup>6</sup> Artículo 17, letra b) del D.L. 211: Dictar instrucciones de carácter general a las cuales deberán ajustarse los particulares en la celebración de actos o contratos que pudieran atentar contra la libre competencia.

duda, debe recordarse que la Corte Suprema, en innumerables ocasiones, ha tramitado y sentenciado, acogiendo o desechando, Recursos de Queja en contra de las sentencias de la Comisión Resolutiva, lo que supone que ejerce la Superintendencia que le entrega el artículo 79 de la Constitución *sobre todos los tribunales de la nación*<sup>7</sup>. De todo ello, continua Evans, resulta como primera conclusión "... que la Comisión Resolutiva del Decreto Ley 211 es un Tribunal de Justicia y que sus *resoluciones* que deciden requerimientos del Fiscal Nacional Económico o controversias entre este y otras personas o entre partes interesadas y en que se ejercen las atribuciones que la ley le otorga, constituyen *sentencias judiciales*"<sup>8</sup>.

La jurisprudencia chilena de los Tribunales Superiores de Justicia ha sido clara en este sentido y en forma reiterada ha confirmado el carácter jurisdiccional que empuja a la Comisión Resolutiva.

Al respecto, La Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de un recurso de protección deducido por la empresa Telefónica Internacional Chile S.A. contra la Resolución N° 368, de 7 de abril de 1992 de la Comisión Resolutiva Antimonopolio, al cual se acumularon los recursos de protección interpuestos por Telefónica de España S.A. e Inversiones Hispano-chilenas S.A. contra la misma sentencia de la Comisión Resolutiva, fundados en los mismos hechos y con idénticas peticiones para ser resueltos en un solo fallo y, además, habiendo también todos estos recurrentes deducido Recursos de Queja contra la misma resolución, expresó lo siguiente en relación a la naturaleza jurisdiccional del órgano antimonopolio:

"... Que la sentencia impugnada aparece pronunciada por un tribunal especial, en un debido proceso, con una tramitación reglada, como fluye del D.L. N° 211 del año 1973, que imparte normas para la defensa de la libre competencia, en sus artículos 16 y 18, en su texto refundido en el Decreto N° 511 de Economía, de 17 de Septiembre de 1980, órgano que, por tanto, está sujeto a la jurisdicción disciplinaria de la Excm. Corte Suprema, por expreso mandato del artículo 540 del Código Orgánico de Tribunales y, por ende, aquella resolución se haya expuesta a revisión por este tribunal superior en virtud de lo dispuesto en el artículo 545, inciso 1°, en su número 4°, del citado cuerpo legal". (Santiago, 19 de octubre de 1992).

En "Recurso de Protección Chilesat S.A. contra H. Comisión Resolutiva Antimonopolio" la Corte de Apelaciones señaló lo siguiente:

"... Que de lo dicho se desprende que la Comisión Resolutiva constituye un tribunal especial que ejerce jurisdicción en los asuntos que para su conocimiento le señala el aludido D.L. 211 y por ser tribunal especial, aparte del recurso de reclamación, sus decisiones pueden ser impugnadas por la vía del recurso de queja y de cuya competencia lo es también la Excm. Corte Suprema por aplicación de lo dispuesto en el artículo 79 de la Constitución Política, vía disciplinaria que en este proceso ha sido ejercitada según aparece de las copias de fs. 21 y siguientes". (Santiago, 10 de agosto de 1993).

En "Recurso de Queja Asociación Gremial de Clínicas y Hospitales y otros contra los integrantes de la H. Comisión Resolutiva del D.L. 211", integrada en ese entonces por los señores Enrique Zurita, Hugo Lavados y Jaime del Valle, por las faltas y abusos cometidos al concurrir a la dictación de la resolución N° 404 de 18 de enero de 1994, en los autos rol N° 458-94, los miembros de la Comisión plantean la absoluta improcedencia del Recurso de Queja, pero también se refieren a la naturaleza jurisdiccional que detenta dicha Comisión, como así también a la distinción que hay que hacer entre esta función y otras de

<sup>7</sup> Artículo 79 de la Constitución: "La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación...".

<sup>8</sup> Informe en derecho sobre naturaleza jurídica y facultades de los órganos antimonopolios creados por el D.L. 211, de 1973. Enrique Evans de la Cuadra, 1991, en Temas de Derecho. Universidad Gabriela Mistral (Santiago, Chile). Año XII, N°s 1-2 (ene. / dic. 1997), pp. 95-131.

naturaleza administrativa. De esta forma sostienen que "... En la letra a) del artículo 17 del D.L. 211, se establecen las atribuciones de carácter jurisdiccional, que se traducen en el conocimiento de oficio o a petición del Fiscal, de las situaciones que pudieren constituir infracciones a dicho cuerpo legal; en el pronunciamiento respecto de dichas situaciones y en la adopción, en cada caso, si fuere necesario, de una o más de las resoluciones que se señalan en dicho artículo. El artículo 18 dispone que el conocimiento y fallo de las causas a que se refiere la letra a) del artículo 17 precedente se someterá al procedimiento que detalla, pudiendo destacarse su escrituración (salvo la vista de la causa), la comparecencia de las partes por abogado, las formas de notificación, la duración del término probatorio, los medios de prueba que se admiten, apreciación, etc. El artículo 19, por su parte, establece el Recurso Especial de Reclamación en contra de las resoluciones de la Comisión Resolutiva, pero solo respecto de tres de ellas. Esta atribución de la letra a) del Artículo 17, que da lugar a todo un contencioso, como se ha explicado, difiere absolutamente de la consignada en la letra d) de ese mismo artículo, que se trata de una facultad administrativa y no jurisdiccional, en la medida que la Comisión Resolutiva, ponderando los antecedentes del caso, puede solicitar o no la modificación o derogación de preceptos legales y reglamentarios, según considere o no que ellos contravienen las normas que protegen la libre competencia y sean perjudiciales para el interés común".

En el mismo Recurso de Queja en comento los abogados Raúl Rettig Guissen y Sergio Coddou Claramunt acompañan un escrito formulando consideraciones para que se tengan presentes por V.S.E., entre las cuales nos interesan las siguientes:

"... El legislador tuvo buen cuidado de hacer la diferencia entre las obligaciones jurisdiccionales y las administrativas de la Comisión. Por eso, para el cumplimiento de las primeras señaló un procedimiento en el artículo 18 del D.L. 211 y lo limitó al conocimiento y fallo de las causas a que se refiere la letra a) del artículo 17. Y ello es lógico, por cuanto al fallar ese tipo de cuestiones, la Comisión somete a las consecuencias de su fallo a quienes fueron parte de ese procedimiento contencioso. Distinto es el alcance de un acuerdo que, simplemente, se pide a los poderes correspondientes la derogación o modificación de normas determinadas. Por lo tanto es improcedente el Recurso de Queja. Tal recurso es procedente en contra de organismos que actúan como tribunales, ya que lo sean según el Código Orgánico o se asimilen a ellos por la condición de las resoluciones que dictan. Este no es el caso de las decisiones que adopte la Comisión Resolutiva cuando, conforme al D.L. 211 que citamos, cumple deberes que no son los que señala la letra a) del artículo 17 del cuerpo señalado".

En "Recurso de Protección Demarco S.A. contra H. Comisión Resolutiva Antimonopolio" rola a fs. 49 un oficio de 6 de febrero de 1997 por el cual el Sr. Fiscal Nacional Económico, en respuesta a la petición de informe de la Corte de Apelaciones de Santiago, hace presente que "... La Honorable Comisión Resolutiva es un tribunal especial sujeto a la jurisdicción correccional, disciplinaria y económica de la Excm. Corte Suprema...".

Por su parte, la propia Comisión Resolutiva, informando el mismo recurso de protección, cita un fallo de 26 de marzo de 1996 de la Corte de Apelaciones de Santiago que declaró inadmisibles un recurso de protección deducido en contra de un fallo de esta Comisión, por considerar entre otras razones "... Que el D.L. 211 de 1973, fijó normas para la defensa de la libre competencia y estableció los organismos que en forma privativa les correspondía resolver respecto de denuncias que pudieran afectar dicha materia. Estos organismos, como se ha señalado reiteradamente, constituyen verdaderos tribunales especiales, y a su respecto se establecen vías de impugnación que pueden ser conocidas por el tribunal de la Comisión Resolutiva y, en último término, se puede acudir a la Corte Suprema de acuerdo también a un procedimiento de reclamación especial".

En definitiva, la Corte de Apelaciones falló el recurso y en el tema que nos interesa manifestó lo siguiente:

“... Que del examen de los artículos 9º, 12º y 19º del D.L. 211 de 1973 se sigue que la Comisión Resolutiva tiene, sin duda, todos los atributos que la ley concede a un tribunal, en este caso especial, puesto que le entrega funciones y facultades que lo definen como ente jurisdiccional ya que, en el ámbito de su competencia, conoce y dirime cuestiones controvertidas, apareciendo sus decisiones revestidas de elementos tales como el imperio, generador del efecto de cosa juzgada”. (Santiago, 2 de julio de 1997).

En “Recurso de Amparo Económico Startel S.A. contra H. Comisión Resolutiva Antimonopolio” encontramos las siguientes opiniones:

Las empresas Entel Telefonía Personal S.A., Entel Telefonía Móvil S.A. y Entel PCS Telecomunicaciones S.A., competidoras de Startel, se hacen parte del recurso de amparo económico solicitando se declare inadmisibles “... por no ser el amparo económico un recurso ordinario tendiente a impugnar resoluciones judiciales, dictadas por órganos competentes dentro de un proceso válidamente tramitado...”.

En el mismo proceso la Comisión Resolutiva, informando el respectivo informe, vuelve a sostener que “... Esta Comisión Resolutiva, creada por el artículo 6º del Decreto Ley Nº 211 de 1973, ejerce funciones jurisdiccionales en los casos y formas previstos en los artículos 17 letras a) y e) y artículo 18 inciso 4º de dicho cuerpo legal tratándose de un órgano jurisdiccional especial de los reconocidos en el artículo 73 de la Carta Fundamental. Que el carácter jurisdiccional de este tribunal se refleja en que sus resoluciones que dispongan modificación o disolución de las personas jurídicas, inhabilitación para ocupar determinados cargos en colegios profesionales o instituciones gremiales y la aplicación de multas, son reclamables para ante la Excm. Corte Suprema, según lo dispone el artículo 19 del D.L. 211 de 1973, sin perjuicio de lo cual procede el Recurso de Queja en contra de las resoluciones que dicte en ejercicio de las atribuciones contenidas en los artículos 17 letras a) y e) y artículo 18 inciso 4º de ese texto legal. Debe entonces quedar claro que la acción cautelar dirigida por la recurrente es en contra de un Tribunal de la República”.

En el fallo respectivo la Corte de Apelaciones de Santiago dispone “... Que de las disposiciones analizadas fluye, sin lugar a dudas, que la Comisión Resolutiva es un tribunal especial, con competencia y procedimientos especiales, que incluso posee facultad de imperio para hacer cumplir sus resoluciones. Así, por lo demás, lo ha resuelto nuestra jurisprudencia, tanto de la Excm. Corte Suprema como de esta I. Corte”. (Santiago, 13 de abril de 1999).

Por otro lado, la Contraloría General de la República se ha pronunciado en muchas oportunidades respecto a la naturaleza jurídica de la Comisión Resolutiva, destacando las siguientes consideraciones:

1) Contraloría General de la República, Departamento Jurídico. Sobre consulta formulada por la oficina regional de Talca. Santiago, 21 de julio de 1975. 047999

“... En lo que dice relación con la naturaleza jurídica del organismo creado por el decreto ya citado, es menester considerar que el propio cuerpo legal se encarga de fijar normas mínimas de procedimiento a las cuales debe ceñirse la Comisión Resolutiva al adoptar sus acuerdos, es así como, aprecia la prueba y decide en conciencia, toma sus resoluciones por mayoría de votos, y en caso de empate, lo dirime el voto de quien presida, sesiona con cuatro de sus miembros, siempre que concurra el Ministro de la Corte Suprema”.

“Las resoluciones de la Comisión a las que el artículo 24 letra d) del decreto ley denomina fallos, deben notificarse a las personas afectadas o al denunciante si lo hubiere, por el Secretario de la Comisión u otro ministro de fe o mediante aviso en el Diario Oficial, por una sola vez”.

“Todas las disposiciones que se han mencionado precedentemente tienen como objetivo regular el proceder de la Comisión para que actúe como un tribunal al cual se ha otorgado competencia, se le han fijado normas de procedimiento y se le ha dado imperio para hacer cumplir lo resuelto a través de la Justicia Criminal, en caso de desobediencia”.

- 2) Contraloría General de la República. División Jurídica. Santiago, 2 de febrero de 1984. 003594.

"... En consecuencia, considerado que la aludida Comisión Resolutiva, según lo ha manifestado la jurisprudencia administrativa, tiene el carácter de tribunal especial de justicia, este Organismo Fiscalizador debe abstenerse de emitir un pronunciamiento al respecto, acorde con lo prescrito en el artículo 6º, inciso tercero, de la Ley N° 10.333..."

Podemos afirmar entonces que la Comisión Resolutiva es un Tribunal que tiene facultades jurisdiccionales: Hace una investigación (cumpliendo el principio del debido proceso y la bilateralidad de la audiencia), dictará una sentencia que declara si el acto es contrario o no a la libre competencia y puede aplicar sanciones. El procedimiento se puede iniciar de oficio o a petición del Fiscal. El particular solo tiene la posibilidad de entregar antecedentes, con el fin de que se inicie el proceso, al Fiscal, a la Comisión Resolutiva o a la Comisión Preventiva para que haga un reclamo.

## II. RECURSOS CONTRA LAS RESOLUCIONES DE LA COMISIÓN

Las normas que otorgan recursos contra las resoluciones dictadas por la Comisión Resolutiva se encuentran en los artículos 19 y 20 del D.L. 211.

El artículo 18 del referido texto legal señala que "las resoluciones que dicte la Comisión, incluso la sentencia definitiva, no serán susceptibles de recurso alguno, salvo lo previsto en el artículo 19".

Las resoluciones contra las cuales pueden interponerse recursos se señalan en el inciso 1º del artículo 19 del D.L. 211. De acuerdo con esta disposición, las únicas resoluciones reclamables son aquellas que dicte la Comisión Resolutiva que dispongan: (1) la modificación o disolución de las personas jurídicas, (2) la inhabilidad para ocupar determinados cargos en colegios profesionales o instituciones gremiales, y (3) la aplicación de multas.

Las personas que pueden interponer el recurso son el interesado, es decir, el afectado por la resolución de la Comisión, el denunciante cuando lo hubiere y también el Fiscal Nacional cuando se trate de resoluciones de la Comisión Resolutiva recaídas en las materias anteriormente señaladas, aun cuando fueren absolutorias.

El recurso consiste en una reclamación –motivo por el cual la doctrina lo ha denominado Recurso Especial de Reclamación– y corresponde conocer de él a una de las salas de la Corte Suprema.

*Organismos antimonopolio en el ejercicio de sus facultades: No pueden verse afectados los principios y derechos económicos constitucionales*

Nuestro Orden Público Económico Constitucional se construye sobre principios y derechos fundamentales entre los cuales figura la libre iniciativa empresarial –piedra angular de este marco regulatorio– que es, a su vez, una prolongación de otro más básico: la autonomía de la voluntad o autonomía privada.

Este orden propio de normas consagrado por nuestro constituyente fija las directrices de nuestra Carta Fundamental en materia económica y revela, de paso, su inspiración en las corrientes y doctrinas económicas liberales. Esto significa para los particulares desarrollar sus propias iniciativas y satisfacer sus necesidades directamente por sí mismos o asociados con otros para lograr objetivos comunes. De esta forma, la sociedad se va articulando en cuerpos intermedios para la consecución de fines difíciles de alcanzar de manera individual y queda establecido un rol subsidiario para el Estado que lo lleva a actuar solo cuando los privados no puedan o no quieran desarrollar aquellas actividades que, consideradas en su importancia, sean necesarias para el bien común.

Muchos otros principios y normas conforman –junto con la libertad económica– este ordenamiento económico de rango constitucional. Entre ellas: la igualdad ante las cargas públicas

(artículo 19 N° 20); la no discriminación arbitraria en el trato económico por parte del Estado y sus organismos (artículo 19 N° 22); la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes (artículo 19 N° 23); el derecho de propiedad (artículo 19 N° 24 y 25) y, por último, la garantía de que los preceptos que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías constitucionales no afecten los derechos en su esencia (artículo 19 N° 26).

El orden público económico se ha conceptualizado como “El conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional que formula la Constitución Política” (Corte de Apelaciones de Santiago, 26-1-96, Gaceta Jurídica N° 177, pág. 20).

Esta precisa definición recogida por la jurisprudencia es del autor José Luis Cea Egaña y se trata del concepto más difundido y tempranamente elaborado, al surgir en un momento muy cercano a la época fuertemente dirigista que le precedió<sup>9</sup>.

Existen en la actualidad dos grandes sistemas económicos –el de mercado y el centralmente planificado– conformados, cada uno de ellos, por instituciones y normas que determinan el desarrollo de la actividad económica en un país. Los elementos que los caracterizan son: el proceso de toma de decisiones, el régimen de propiedad, el papel de los mercados y precios, y el rol de la planificación.

El sistema de mercado implica la toma de decisiones por millones de unidades económicas, con un régimen de propiedad principalmente privado, con mercados y precios activos y dinámicos, y con una planificación indicativa para el sector privado e imperativa para el sector público. Por el contrario, en el sistema centralmente planificado la toma de decisiones está centralizada en el Estado, el régimen de propiedad de los medios de producción es estatal, los mercados y precios juegan un rol eminentemente pasivo y la planificación es imperativa y global. De lo anterior puede observarse que cada sistema económico se asocia de inmediato con un régimen de propiedad y con ciertos principios de carácter económico.

En lo que a nosotros respecta, se da en los sistemas de mercado una aceptada intervención del Estado en materia económica pero limitada a las siguientes funciones:

1. Diseño y aplicación de las políticas económicas.
2. Estado regulador de la actividad económica, especialmente en aquellos sectores donde el interés jurídico comprometido sea mayor.
3. Planificación imperativa para el sector público e indicativa para el sector privado.
4. Estado empresario.
5. Fomento de la competencia.
6. Redistribución del ingreso.

Resulta necesario destacar que si bien el fomento a la libre competencia es una tarea fundamental del Estado, y más aún del órgano antimonopolio creado por el D.L. 211 de 1973, esta función no puede afectar los derechos y principios económicos constitucionales.

Apoyados en esto sostenemos que la jurisdicción de la Comisión Resolutiva limita con el respeto a tales derechos y principios, y todo pronunciamiento u acto emanado de ella debe ajustar su actuación al principio de legalidad de los órganos del Estado consagrado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República. Tales artículos prescriben que dichos órganos deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella y que su actuación es válida si se ejerce dentro de su competencia legal y en la forma que prescribe la ley.

Una adecuada legislación antimonopolio es básica en una economía de mercado para resguardar la competencia; sin embargo, si los organismos a cargo de ejercerla se sobrepasan en sus límites puede llegar a entrabarse el funcionamiento de todo el sistema e inhibirse la inversión, lo que adquiere mucha importancia en un momento en que están llegando al país

<sup>9</sup> Arturo Fernando Vohringer. *Derecho Constitucional Económico: Garantías económicas, doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2001), p. 15.

grandes compañías extranjeras que requieren de un marco legal claro para tomar sus decisiones.

Ya hemos dicho anteriormente que la Comisión Resolutiva es un tribunal –especial– que tiene facultades jurisdiccionales: hace una investigación (cumpliendo el principio del debido proceso y la bilateralidad de la audiencia), dictará una sentencia que declara si el acto es contrario o no a la libre competencia y puede aplicar sanciones. El procedimiento se puede iniciar de oficio o a petición del Fiscal. El particular solo tiene la posibilidad de entregar antecedentes, con el fin de que se inicie el proceso, al Fiscal, a la Comisión Resolutiva o a la Comisión Preventiva para que haga un reclamo. La notificación a la parte afectada se hace personalmente, por cédula o por aviso por un ministro de fe. Hay quince días hábiles no fatales para contestar. La Comisión lo puede ampliar. Diez días dura el término probatorio y son admisibles todo tipo de pruebas, incluso testigos. Cuando se traigan los autos en relación, la Comisión puede escuchar alegatos de abogados. Hay 45 días para dictar sentencia. El fallo y el análisis de la prueba es a conciencia.

La regla general es que no existen medios para impugnar sus resoluciones, salvo el Recurso de Reclamación que opera excepcionalmente contra determinadas resoluciones de las Comisión Resolutiva.

Sin embargo, pese a lo expreso de la ley, es también procedente el recurso de queja si se cumplen con los requisitos legales pertinentes, puesto que además de sus alcances disciplinarios, constituye en algunos casos un medio idóneo para la impugnación de resoluciones.

En relación a la jurisprudencia emanada de nuestros tribunales de justicia al momento de pronunciarse sobre la admisibilidad y procedencia de estas acciones constitucionales, cabe advertir desde ya que son muy pocos los fallos que encontramos sobre esta materia. La mayoría de ellos no han visto con buen agrado esta nueva práctica que se estaría dando en las Cortes del país para impugnar las resoluciones de la Comisión Resolutiva. Se rechazan estos recursos constitucionales aduciendo que existen, en un asunto sometido al conocimiento y fallo de un tribunal, recursos ordinarios y extraordinarios de impugnación. En el caso que nos interesa es el Recurso de Reclamación del artículo 19 del D.L. 211 la única vía procesal para impugnar tales resoluciones.

Sostenemos que siempre deben declararse admisibles y procedentes estas acciones constitucionales cuando se cumple con sus requisitos de fondo y de forma, estos últimos muy simples y poco engorrosos para asegurar que el recurso sea expedito, pronto y eficaz.

Ahora bien, es indispensable para fundamentar nuestro propósito el que tomemos los criterios de admisibilidad y procedencia que han sostenido algunas Cortes para ciertos Recursos de Protección intentados, ya no para las resoluciones de la Comisión Resolutiva Antimonopolio, sino que contra los agravios producidos por las resoluciones judiciales en general, o sea, emanadas de Tribunales Ordinarios en el desempeño de su función de dictar justicia. También se aprecian criterios de inadmisibilidad e improcedencia, pero lo importante es que se plantea un camino y una posibilidad para aceptar este recurso ante entorpecimientos de derechos y garantías constitucionales fundamentales.

Todo lo anterior si consideramos que la resolución final de la Comisión Resolutiva dictada conforme al procedimiento de su ley, el D.L. 211, es una sentencia judicial y esta la equiparamos sin más a la misma situación jurídica en que se encuentra una sentencia judicial dictada por alguno de los Tribunales Ordinarios que establece la ley y que conforman el Poder Judicial.

Cabe destacar que estos últimos se clasifican en Ordinarios y Especiales. Los Ordinarios lo componen los jueces ordinarios de letras en lo civil, en lo criminal y las Cortes de Apelaciones. Los Especiales se dividen en jueces especiales del trabajo, de menores y militares en tiempo de paz. También hay tribunales ajenos al Poder Judicial como los tribunales electorales, de aduanas, militares en tiempo de guerra y tributarios. No debemos olvidar a los tribunales arbitrales y por último a los auxiliares de la administración de justicia.

Si observamos la reciente clasificación nos daremos cuenta que en ninguna clase de ellos encontramos a la Comisión Resolutiva. Ya habíamos dicho anteriormente que esta Comisión

realiza funciones de diverso contenido lo que dificulta poder determinar claramente su naturaleza jurídica. Por una parte sus actuaciones son administrativas, por otra, más bien jurisdiccionales y en este ámbito de competencia puede decirse que constituye un Tribunal Especial de Justicia y que sus resoluciones dictadas, reclamada su intervención, constituyen verdaderas sentencias judiciales.

Al respecto, deseamos hacer presente que en relación con este punto resulta fundamental señalar algunas opiniones de los integrantes de la Comisión Constituyente, particularmente las vertidas en la Sesión N° 103, celebrada el 16 de enero de 1975, en la cual se plantea la duda de cómo se podría ampliar los términos del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, artículo referente a la garantía de un debido proceso —en discusión en ese entonces— para no limitarlo solo a las sentencias dictadas por los tribunales de justicia. ¿Cómo se podría referirlo en general a que nadie puede ser condenado si no es juzgado legalmente, de modo que se comprendan los juzgamientos de tipo administrativo, sumarios o de otra clase, ya que la función jurisdiccional no solo la ejercen los tribunales de justicia?

Se desea, por lo tanto, hacer extensiva esta garantía del debido proceso a todo tipo de procesos. Es así como se manifiesta por parte de don Sergio Diez que "... Órgano jurisdiccional es todo aquel que por cualquier motivo puede dictar un fallo que sea obligatorio y que tenga relación con las personas, con sus bienes, con su situación jurídica, con su estado civil, con su empleo, etcétera".

A continuación don Enrique Evans estima que "... La expresión órgano jurisdiccional es limitativa, porque hay órganos que no son jurisdiccionales y que, sin embargo, ejercen jurisdicción en casos específicos y para situaciones determinadas".

Don Sergio Diez agrega que "... Por órgano que ejerce jurisdicción se entiende a los tribunales administrativos, fiscales, Impuestos Internos, Contraloría General de la República, tribunales arbitrales, etcétera. O sea, todo órgano que tenga facultad para dictar una resolución o fallo, llámese como se llame, que afecte a la situación de una persona". A juicio del señor Evans "... Ello significaría establecer que la norma se aplicará en toda controversia que se suscite en el orden temporal".

#### *Admisibilidad y procedencia del recurso de protección ante agravios producidos por las resoluciones judiciales*

El recurso de protección se ha configurado como una acción constitucional de gran utilidad tanto por la amplitud de sus funciones como por su simplicidad de interposición, agilidad de trámite y eficacia de sus resultados. En efecto, el Recurso de Protección constituye una creación jurídica de nuestro actual ordenamiento constitucional dotada de todo lo necesario para que sirva como un remedio expedito, pronto y eficiente para la salvaguarda del ordenamiento jurídico y para asegurar la debida protección del afectado en sus derechos fundamentales por un acto u omisión ilegal o arbitrario de un tercero, quienquiera sea este, ya sea autoridad —cualquiera sea— o particular.

Se trata de una acción cautelar, sumaria, de rango constitucional, de Derecho Público, tendiente a proteger los derechos y garantías que la Constitución Política de la República establece, particularmente los indicados en el artículo 20.

Este Recurso de Protección posee dos características básicas que conviene mencionar previamente:

1. Es un recurso extraordinario para prestar inmediato amparo al afectado, cada vez que una garantía de libertad o un derecho fundamental esté o pueda estar amenazado, restringido o coartado por actos u omisiones ilegales o arbitrarios de una autoridad o de particulares, sean entes con o sin personalidad jurídica.
2. Deja intacta las acciones y recursos que el ordenamiento jurídico —general o especial— haya previsto como tutela de los derechos del agraviado.

Por su parte, la dictación de resoluciones judiciales —y entre estas las sentencias— constituye la actividad más característica e importante de los Tribunales de Justicia, dándole a las relaciones jurídico-procesales la certeza jurídica necesaria para la solución de controversias.

El ordenamiento jurídico creó los recursos y acciones ordinarios y extraordinarios para impugnar tales decisiones, pero el constituyente creó la acción de protección con un alcance tan amplio que cobra valor preguntarse lo siguiente: ¿Puede estimarse que dicha acción es admisible y procedente para impugnar resoluciones judiciales sin que se rechace a priori por el solo hecho de que el sujeto activo del agravio es un Tribunal de Justicia, entrando a conocer el fondo de dicha acción, acogiéndola o rechazándola, solamente basado en el fundamento y mérito de la misma, pero siempre declarándola admisible?

Es difícil establecer una regla general, pero del análisis de diversos fallos pueden extraerse algunos criterios de admisibilidad y procedencia del Recurso de Protección en contra de las resoluciones judiciales.

### *¿Cuándo es admisible un Recurso de Protección?*

Cuando se declara por sentencia interlocutoria emitida por los Tribunales Superiores de Justicia (Cortes de Apelaciones) que dicho órgano jurisdiccional entrará a conocer el asunto sometido a su decisión por estimar que se cumplen los requisitos cuya concurrencia es fundamental y esencial en el conocimiento y presentación de dicho recurso. Si faltan, el tribunal está impedido de pronunciarse sobre el fondo del recurso. Este examen preliminar es practicado “en cuenta” por el tribunal respectivo. Se trata entonces de requisitos que son esenciales para su interposición, que se refieren más a la forma que al fondo, pero en este caso particular que estamos estudiando el Tribunal de Protección se exime de conocer el recurso por estimar que se trata de una materia que no debe ser sometida a su decisión, esto último, por la naturaleza de la resolución impugnada, ya que se trata de una resolución judicial.

La postura predominante en Chile, a nivel jurisprudencial, ha sido la de declarar inadmisibles el Recurso de Protección ante resoluciones judiciales aduciendo que ellas no estarían incluidas en la expresión de “actos” a que alude el artículo 20 de la CPR.

De esta forma, los Tribunales han evitado pronunciarse sobre el fondo declarando la inadmisibilidad del Recurso de Protección, en el caso concreto, atendiendo únicamente a la naturaleza del acto que se impugna: la resolución emanada de un órgano jurisdiccional.

Respecto a lo anterior las Cortes de Apelaciones se han pronunciado de la siguiente manera:

1. En *Marchezani Iturriaga, Marta* con Juez del Segundo Juzgado de Menores de Concepción (FM N° 344, SENT.15, PAG 386). Pronunciada por la Corte de Apelaciones de Concepción y confirmada por la Corte Suprema en 1987.

Se señala que “... Para interponer el Recurso es necesario que se trate de actos u omisiones ilegales o arbitrarios que provoquen perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías que taxativamente señala el artículo 20 de la CPR. Se trata de actos emanados de personas naturales o jurídicas. La resolución judicial es un aspecto de la jurisdicción, una decisión de justicia cuya dictaminación no importa la ejecución de un acto u omisión, sino el modo de expresarse de la Justicia, sujeto a todos los recursos que la ley ha establecido, y por lo tanto, no constituye un acto u omisión de aquellos que produzcan privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos que el Recurso de Protección ampara, por el contrario, la resolución judicial es la expresión del derecho al caso concreto de que se trata y no será jamás un acto u omisión”.

2. *Ormeño e Hijos Ltda.* CRDJT LXXVII (1980) N° 1 II, 1 Pág. 16.

El voto disidente de este fallo, que declaró admisible el Recurso de Protección en contra de una resolución judicial, señala que este es inadmisibles contra resoluciones judiciales,

puesto que se trata de un recurso constitucional extraordinario y reservado únicamente para atacar actos arbitrarios de autoridades administrativas. Solo procederá contra resoluciones judiciales pronunciadas por funcionarios que carecen de jurisprudencia.

Otra parte de la jurisprudencia, minoritaria, ha estimado que no puede rechazarse a priori el Recurso de Protección por el solo hecho de que el sujeto activo del agravio es un tribunal de justicia, debiendo este entrar a conocer el fondo de la acción y acogerla o rechazarla, solamente basado en el fundamento y mérito de la misma, pero siempre declarándolo admisible. Nosotros adherimos a esta doctrina minoritaria, puesto que creemos perfectamente admisible el Recurso de Protección en contra de las resoluciones judiciales ya que las razones para estimar que una resolución judicial no cabe dentro de la expresión "actos" contenida en el artículo 20 no son suficientemente convincentes y además este debe ser admitido y acogido siempre que se den los presupuestos que señala el artículo 20 de la Constitución. Por lo demás, las resoluciones judiciales constituyen "actos jurídicos procesales" de los tribunales de justicia, lo que permite situarlas dentro del término "actos" el cual ha sido concebido en términos amplios por el legislador.

*A favor de su admisibilidad se esgrimen los siguientes argumentos:*

*(1) La acción constitucional de protección implica el ejercicio de facultades conservadoras y no jurisdiccionales.*

Todo Tribunal tiene facultades conservadoras, disciplinarias y económicas que le son asignadas por el Código Orgánico de Tribunales y la Constitución Política de la República. La acción constitucional de protección provoca el ejercicio de las atribuciones conservadoras de la Corte de Apelaciones, con independencia de su función jurisdiccional.

El texto constitucional no distingue el autor del acto u omisión atentatorio contra alguna garantía. Tampoco lo hace la historia fidedigna de su establecimiento. Por lo tanto, los tribunales deben ejercer sus facultades conservadoras aun cuando el autor sea el juez y cometa el agravio en el ejercicio de su jurisprudencia.

De esta manera, el Recurso de Protección constituye el ejercicio de una facultad conservadora que no debe negarse en ningún caso. Independientemente que los errores que puedan cometer los jueces en el ejercicio de la jurisdicción puedan corregirse por las vías jurisdiccional o disciplinaria, si se invoca ilegalidad o arbitrariedad y agravio de un derecho o garantía de las indicadas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, las Cortes de Apelaciones deben ejercer la atribución conservadora que les encomienda dicho artículo, nada puede ser obstáculo para ello.

Así, en "Caja de Compensación de Asignación Familiar La Araucana con Segundo Tribunal Electoral Metropolitano",<sup>10</sup> se declaró admisible y, en definitiva, se acogió el Recurso de Protección interpuesto en contra de un tribunal electoral, señalándose que aunque dicho tribunal esté al margen de la superintendencia correccional de la Corte Suprema, no está excluido de ser sujeto pasivo de un Recurso de Protección, puesto que no se trata de una vía de corrección sino una acción dada por el ordenamiento a quienquiera que –y por cualquier conducta ilegal o arbitraria– vea conculcados sus derechos constitucionalmente protegidos. Posteriormente, tanto la Corte de Apelaciones de Santiago y más tarde la Corte Suprema, admitieron a tramitación el recurso interpuesto en contra de una resolución judicial, ejerciendo de este modo sus facultades conservadoras.

*(2) Finalidad del Recurso de Protección: restablecer el imperio del derecho.*

Otro criterio para pensar en la admisibilidad del Recurso de Protección está dado por la finalidad del mismo que es la de restablecer el imperio del derecho.

<sup>10</sup> RDJ, t. LXXXVIII, 1991, N° 3, II, 5, pp. 286-293.

La urgencia del Recurso de Protección en caso de agravio constitucional no se compadece con la negativa a conocer dicha acción por el solo hecho de que sea un juez el autor del agravio y que dicho agravio lo cometió en la dictación de una resolución judicial. El propio artículo 20 de la Carta Fundamental dispone que la Corte respectiva adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. No puede afirmarse a priori que el agraviado que ve amagada una garantía constitucional y el acto mismo denunciado se encuentran bajo el imperio del derecho, por la sola circunstancia de que dicho acto tuvo lugar en un proceso judicial, puesto que los Tribunales Superiores no garantizan adoptar de inmediato las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado cuando conocen de los recursos jurisdiccionales o disciplinarios, lo que no se acoge a este mandato constitucional de restablecer con rapidez y urgencia la situación jurídica existente con anterioridad a los actos arbitrarios o ilegales, todo lo anterior, en atención a que el objetivo del Recurso de Protección es mantener la situación jurídica que se encontraba vigente.

La Corte de Apelaciones de Puerto Montt acogió un Recurso de Protección en contra de la decisión de un juez arbitro que se extralimitó en su competencia por estimar que habiéndose afectado el derecho de propiedad de la recurrente, correspondía hacer lugar al Recurso de Protección deducido, a fin de restablecer la situación actual al estado anterior a la realización del acto perturbatorio, teniendo en consideración que el objetivo del Recurso de Protección es mantener la situación jurídica que se encontraba vigente.

*(3) Un último criterio de admisibilidad del Recurso de Protección contra los agravios producidos por una resolución judicial está dado por la naturaleza de la acción de protección.*

La acción constitucional consagrada en el artículo 20 se otorga a toda persona que sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías especialmente protegidas por la Constitución. Ello con motivo de un acto u omisión ilegal o arbitrario de un tercero, sea este quien sea.

El Tribunal de Protección sumaria y provisionalmente debe resolver esta pretensión. No debe importar lo difícil que pueda resultar el asunto o el examen de la prueba, ni que existan acciones especiales al efecto o que el recurrido sea un juez o sea este quien sea.

La Ley Fundamental no hace estas distinciones ni se refiere a estas circunstancias y solo podrá rechazarse el recurso cuando no se cumplan las condiciones que señala el artículo 20 o cuando, apreciando los antecedentes en conciencia, el tribunal no adquiere la convicción de la ilegalidad o arbitrariedad o amago de un derecho garantizado por la Constitución.

En resumen, las Cortes de Apelaciones deben conocer en el ejercicio de sus atribuciones conservadoras, sumariamente y resolviendo provisionalmente, sin perjuicio de los derechos que los interesados puedan hacer valer, el agravio cometido por el juez en el ejercicio de su función.

Reclamada la intervención del tribunal de protección en forma legal y en negocios de su competencia no podrá excusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión, debiendo resolver con los antecedentes de hecho de que dispone, apreciados en conciencia y aplicando el derecho, en su obligación de conocer y juzgar todos los asuntos sometidos a su conocimiento.

La Corte de Apelaciones de Santiago acogió el Recurso de Protección interpuesto en contra de una resolución del juez del 16° Juzgado del Crimen de Santiago por estimarla arbitraria y sin fundamento alguno. Se señala además que el recurso es admisible y procedente cuando se trata de reparar los efectos de una resolución judicial arbitraria que requiere un procedimiento rápido para dar una solución eficaz. Se trata, pues, de un procedimiento de emergencia, por lo que este recurso permite que se adopten las medidas cautelares tendientes a reparar el agravio producido, constituyendo un remedio urgente, pronto y eficaz, allí donde la vía ordinaria conduzca a una denegación o dilación de justicia o un agravio irreparable.

*Procedencia del Recurso de Protección ante agravios producidos por resoluciones judiciales*

Respecto de la procedencia, gran parte de la doctrina señala que el Recurso de Protección es procedente contra las resoluciones judiciales, puesto que el artículo 20 no distingue acerca de las personas u órganos que ejecuten los actos u omisiones arbitrarios o ilegales, pudiendo estos emanar de jueces o tribunales. Además, la historia fidedigna de la norma en concreto admitió la idea de hacer procedente el Recurso de Protección aun en los casos de menoscabo, agravio o daño causado por alguna resolución judicial. Esto se desprende de las palabras del Presidente de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, don Enrique Ortúzar, quien manifestó en dicha oportunidad lo siguiente:

“... Enseguida, le parece conveniente que la disposición sea ampliada y no solo comprenda los actos u omisiones de la autoridad política o administrativa, como expresa el proyecto. Y, al decir de quienquiera, entiende que comprende no solo a los particulares sino que incluso podría comprender el día de mañana al Congreso, a una rama del Parlamento que actuando fuera de los mecanismos de generación de la ley, para cuyos efectos hay otros procedimientos, atentara contra ciertos derechos de las personas... Del mismo modo un juez que sin que se haya incoado un proceso, donde naturalmente pueden tener lugar los recursos que la ley establece, lisa y llanamente atente contra el derecho de propiedad dictando una resolución abusiva, violando el domicilio de un ciudadano cualquiera. ¿Por qué no va a poder ejercerse este recurso? No cabría ejercer otro porque no hay ni siquiera un procedimiento incoado. De manera que en principio le parece bien que este recurso sea amplio. No le hace fuerza el argumento que esto signifique o pueda significar destruir el procedimiento jurídico y los procedimientos que actualmente establecen la Constitución o las leyes, porque expresamente el proyecto dice que el recurso es sin perjuicio de las acciones que procedan ante los tribunales competentes. De manera que este es un procedimiento de emergencia, por decirlo así, que tiene por objeto, mientras se discute ante la justicia ordinaria en forma lata el problema planteado, restablecer el imperio del derecho que ha sido afectado”. (Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión 214, 25 de mayo de 1976, pág. 6).

En cuanto a nuestra jurisprudencia, la opinión mayoritaria ha sido la de declarar improcedente el recurso contra una resolución emanada de un órgano jurisdiccional. Sin embargo, a la hora de acogerse alguno de ellos se han tenido en consideración los siguientes criterios para aceptar su procedencia:

(1) *La resolución que se impugna se ha pronunciado dentro de un procedimiento que no ha sido legalmente incoado.*

O sea, la resolución que causa agravio se ha dictado en un proceso jurisdiccional supuesto ya que no se han respetado las normas establecidas en el ordenamiento jurídico para su iniciación y desarrollo. Entonces, se trata de un proceso aparente, que en realidad no es, que no existe. Por lo tanto, las resoluciones que en el procedimiento supuesto se han dictado no pueden tener ninguna validez ni pueden surtir efecto alguno.

En “Sersip Ltda. con Rozas Vial, Fernando/Juez Árbitro”, se interpuso un Recurso de Protección en contra del recurrido, el cual fue rechazado por la Corte de Apelaciones, en atención a que el derecho que se suponía vulnerado (la garantía del debido proceso) no se encuentra amparado por el Recurso de Protección. El recurrente sostiene que había celebrado una cláusula compromisoria con su contraparte, pero que jamás se celebró el compromiso, dando además la contraparte por terminado el contrato respectivo. Así el juez árbitro no tenía facultad para asumir el cargo y dirimir el procedimiento en que se había solicitado el cumplimiento de la sentencia que condenaba a la sociedad recurrente a pagar una suma de dinero. Los hechos que motivaron la decisión los conocía el Noveno Juzgado del Crimen. Al avocar-

se el árbitro también estos hechos, habría infringido el artículo 8° del Código Orgánico de Tribunales. Esta postura fue rechazada por la Corte de Apelaciones de Santiago.

(2) *La resolución judicial ha afectado derechos de terceros ajenos al juicio en que se pronunció la resolución.*

Una resolución solo puede afectar a quienes son partes en el proceso en que se dicta tal resolución. Esto está establecido en el art. 3° del Código Civil y se conoce como el efecto relativo de las sentencias<sup>11</sup>.

En "Importadora y Exportadora Pesce Ltda.", el fallo de la Corte de Apelaciones rechaza un Recurso de Protección en contra de una resolución de un juez de Letras en lo Civil por improcedente, toda vez que la Corte estimó que el asunto que se sometía a su conocimiento a través de esta vía ya se encontraba bajo el imperio del derecho. Sin embargo, el voto disidente se pronuncia porque debería acogerse el Recurso de Protección porque se han afectado los derechos de terceros en el juicio en que la resolución se dictó.

(3) *La resolución judicial ha sido pronunciada por un órgano de la administración que se ha excedido en sus facultades.*

Con esto se pretende que los órganos jurisdiccionales no escapen al principio general del Estado de Derecho y muestren apego a lo dispuesto en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República.

En "Ortiz San Martín" (Fallo de la Corte de Apelaciones de Chillán de 31 de julio de 1987), nos encontramos con una situación en que se desechó el Recurso de Protección que se había intentado, pero con el voto en contra de un ministro que estuvo por acoger el recurso, por cuanto el procedimiento seguido excedía las facultades de un árbitro de derecho.

Asimismo, en Sociedad Manuel López, Hijos y Cía. Ltda. con Jueza del Tercer Juzgado de Menores de Santiago<sup>12</sup>, se intentó un Recurso de Protección en contra de la resolución dictada en el juicio. El Recurso fue acogido y en él se señala que "... Una resolución judicial manifiestamente ilegal, por exceder la atribución normativa que le habilita para actuar y que afecta con ello derechos de terceros protegidos por el artículo 20 de la Constitución Política de la República, hace procedente el Recurso de Protección, el cual, en tal caso, debe ser acogido".

(4) *Por último, acoger el Recurso de Protección en contra de una resolución judicial es la única forma de evitar o corregir la arbitrariedad o la denegación de justicia.*

Esto es así, cuando la protección es el medio más adecuado para evitar o corregir actuaciones arbitrarias de nuestros jueces, o para evitar un daño irreparable o para hacer efectiva la tarea de los tribunales de hacer justicia.

Así, en "Agencia Marítima Santa S.A.", se dedujo el Recurso de Protección en contra de una resolución judicial emanada del Segundo Juzgado de Letras de Talcahuano. La Corte de Apelaciones rechazó el recurso, por encontrarse el asunto bajo el imperio del derecho, como ya vimos. Sin embargo, la sentencia señala que "... Como se señaló en la Comisión de Estudio de la actual Constitución, solo podrá proceder el Recurso de Protección en contra de una resolución judicial en casos muy excepcionales y siempre que sea la única solución conducente a resolver una manifiesta denegación de justicia que llevare a ocasionar un agravio irreparable, situación que no es la de autos".

<sup>11</sup> Artículo 3° del Código Civil: "Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren".

<sup>12</sup> RDJ, t. LXXXVI, 1989, N° I, II, 5, pp. 1-4.

*Admisibilidad y procedencia del recurso de amparo económico*

La Ley N° 18.971, publicada en el Diario Oficial el 10 de marzo de 1990, consagra en su artículo único una acción popular para denunciar las infracciones al artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental. Dicho artículo señala lo siguiente:

“Cualquier persona podrá denunciar las infracciones al artículo 19, número 21 de la Constitución Política de la República de Chile. El actor no necesitará tener interés actual en los hechos denunciados.

La acción podrá interponerse dentro del plazo de seis meses desde que se hubiere producido la infracción, sin más formalidad ni procedimiento que el establecido para el recurso de amparo, ante la Corte de Apelaciones respectiva, la que conocerá de ella en primera instancia. Deducida la acción, el tribunal deberá investigar la infracción denunciada y dar curso progresivo a los autos hasta el fallo respectivo.

Contra la sentencia definitiva procederá el recurso de apelación, que deberá interponerse en el plazo de cinco días, para ante la Corte Suprema y que, en caso de no serlo, deberá ser consultada. Este tribunal conocerá del negocio en una de sus salas.

Si la sentencia estableciera fundadamente que la denuncia carece de toda base, el actor será responsable de los perjuicios que hubiere causado”.

La forma que puede revestir la infracción a la garantía ha sido sentenciada por la Corte Suprema (Rol 2.837-98 del 3-9-98) y esta puede consistir en privaciones del derecho, perturbaciones o amenazas o cualquier otra forma de vulneración de cualquier elemento constitutivo del precepto del N° 21 citado<sup>13</sup>.

Respecto al ámbito de tutela de este recurso puede decirse que son los dos incisos del artículo 19 N° 21 de la Constitución, tanto la libertad económica como lo relativo a los límites del Estado empresario. Esto se corrobora en lo dicho por la jurisprudencia, la cual ha fallado reiteradamente así desde 1995:

“... Se trata de una acción jurisdiccional de carácter conservador, especial y popular, en la que el actor no necesita tener interés actual en el recurso, creada con el objeto de cautelar la garantía constitucional de la libertad económica que se consagra en el artículo 19 de la Constitución Política en ambos incisos del número 21 (...) Del tenor literal claramente manifestado en el texto de la Ley N° 18.971 aparece que el recurso ampara la garantía constitucional, estableciendo acción popular para denunciar todas las infracciones a dicha norma constitucional completa, ya que no hace distinciones entre sus dos incisos”<sup>14</sup>.

En relación con el sujeto pasivo o recurrido tenemos que señalar que el artículo único de la Ley 18.971 no distingue qué sujeto puede ser activo de la infracción. Esto se relaciona estrechamente con el ámbito de garantía de este recurso, por lo que tanto la actuación del Estado o uno de sus organismos en materia económica como la actividad de un particular, sea persona natural o jurídica, pueden ser objeto de la interposición de este recurso.

Al no haber motivo alguno para limitar el ámbito de tutela de este recurso es que puede afirmarse que el concepto de sujeto pasivo o recurrido debe ser lo más amplio posible, incluyendo en él al Estado, sus organismos –tanto centralizados como descentralizados–, particulares –sean personas naturales o jurídicas–, asociaciones despersonalizadas, etc. Por lo tanto, cabe concluir que es posible interponer esta acción contra cualquier autoridad, adminis-

<sup>13</sup> Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: (...).

21°.- El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas solo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado;

<sup>14</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de enero de 1995, confirmada por la Sala Constitucional de la Excm. Corte Suprema. Gaceta Jurídica 177 (1995), pp. 20 y ss.

trativa o judicial que, en su accionar, vulnere, transgreda o perturbe este legítimo derecho protegido específicamente por el recurso de la Ley 18.971.

El Tribunal Constitucional también ha precisado el sentido y alcance de la norma constitucional y ha sentenciado que el artículo 19 N° 21 "... Es una expresión de los contenidos filosófico-jurídicos del Capítulo I de la Constitución Política, y viene a ser una consecuencia del principio de subsidiariedad, como también del deber del Estado de resguardar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional"; agregando que "... Las normas del Capítulo I constituyen un marco de carácter valórico y conceptual que viene a limitar la acción del Estado dentro de la sociedad, abriendo el mayor campo posible a la iniciativa de los particulares"; concluyendo que "... Un examen de la disposición constitucional transcrita nos lleva claramente a la conclusión, que las prohibiciones para desarrollar una actividad económica tienen que fundarse en no ser contrarias a la moral, al orden público o a la seguridad nacional y que el ejercicio del derecho debe llevarse a cabo respetando las normas legales que la regulen".

Sin embargo, las regulaciones legales al desarrollo de la actividad económica se traducen en regulaciones de mercado que pueden importar limitaciones y prohibiciones. Tales reglas podrían dejar los derechos de las personas en completa indefensión, sobre todo si se adoptan en cualquier momento y respecto de cualquier mercado, produciendo con esto una gran incertidumbre.

Por otra parte, los organismos antimonopolio que contempla el ordenamiento jurídico están llamados por la ley a resolver todo lo que diga relación con la libre competencia. Sus atribuciones excluyen a otros organismos administrativos y a los tribunales ordinarios de justicia del conocimiento de estas materias especializadas, quedando la definición última de las controversias a cargo del órgano jurisdiccional. De todo esto, ¿puede afirmarse que las atribuciones que detentan estos órganos implican una competencia suficiente para regular los mercados?

Existe importante jurisprudencia de los organismos de la competencia que reconoce la falta de competencia de las Comisiones Antimonopolios para regular mercados:

*1. Resolución N° 349, de 20 de noviembre de 1990, de la Comisión Resolutiva. Sus considerandos 1° y 3° dicen lo siguiente:*

"1°. Esta Comisión Resolutiva comparte plenamente la declaración previa formulada por la Comisión Preventiva Central en el N° 5 de su dictamen recurrido, en cuanto no corresponde a los organismos encargados de velar por la libre competencia regular los mercados sino solo para alcanzar la debida transparencia con que deben actuar los agentes económicos para que, en beneficio de los consumidores, prevalezcan los más eficientes".

"3°. Contrariamente a lo que sostiene el reclamante, la libre competencia no se protege imponiendo condiciones arbitrarias a los agentes económicos, transformando la libertad de precios en que se encuentran los productos farmacéuticos en un cúmulo de obligaciones que importa desconocer esa libertad de precios con el pretexto de que el usuario final se verá beneficiado. Es precisamente la política social del mercado, aplicada realmente, la que protege al consumidor, pues ella permite que exista la necesaria competencia entre los agentes económicos y mejoren, por tanto, los precios y la calidad de la atención que se presta al consumidor".

*2. Recurso de Queja N° 7.810-92, interpuesto por el Fiscal Nacional Económico contra la resolución N° 372, de 1992.*

En su informe dirigido a la Excm. Corte Suprema, la H. Comisión Resolutiva señaló: "... Es fácil comprender que por mucha discrecionalidad que pudiéramos atribuirnos los sentenciadores, no podemos imponer sanciones que consistan en limitar un derecho garantizado por la Constitución, basándonos en conductas que objetivamente se ajustan a las normas legales

sobre cuyas pretendidas intenciones ilícitas no existe prueba en los autos ni en otros antecedentes que obren en poder de este tribunal”.

3. *Dictamen N° 933, de 28 de abril de 1995, de la H. Comisión Preventiva Central y Resolución N° 448, de 10 de octubre de 1995, de la H. Comisión Resolutiva.*

En el dictamen de la Comisión Preventiva se expresa lo siguiente: “... Finalmente, esta Comisión Preventiva Central debe dejar constancia que, sin perjuicio de las facultades privativas del señor Superintendente de Electricidad y Combustibles para resolver las solicitudes que se le han formulado, las condiciones para cautelar la debida observancia de los principios de la libre competencia que hasta ahora se aprecian en este nuevo mercado debieran recogerse, a su juicio, en un marco normativo que esté dotado de la adecuada jerarquía e imperio en el ordenamiento jurídico nacional, en relación con la naturaleza y características de las actividades y situaciones a las que afectan o pudieran afectar, así como a las garantías que el mismo ordenamiento contempla en este orden de materia”.

Por su parte la Comisión Resolutiva confirmó este dictamen en su considerando 12°, el cual expresó: “... Que en tal virtud no es posible sostener, como lo hace el recurso, que la Comisión Preventiva Central haya invadido el campo propio del legislador y menos que haya violentado las garantías constitucionales de los derechos supuestamente atropellados con el dictamen, porque, precisamente, este pronunciamiento reconoce expresamente que algunas de sus recomendaciones son materias propias del dominio de la ley, como también lo reconocen los informes de las autoridades que rolan a fs. 196 y 205 (...) A mayor abundamiento, en el informe con que la Comisión Preventiva Central eleva el recurso interpuesto, se insiste y reconoce que ella no pretendió arrogarse funciones ni potestades exclusivas de ninguna otra autoridad y menos las del legislador, aseveración que funda en transcripciones literales de su propio dictamen”.

Si los organismos de la defensa de la libre competencia integran la administración del Estado, puede decirse respecto de ellos que están sometidos directamente a la Constitución y a la ley. La legislación del D.L. 211, de 1973, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra en el D.S. 511, de 1980, dotó –en su artículo 6°– a los órganos antimonopolio de facultades y atribuciones para la prevención, investigación, corrección y represión de los atentados a la libre competencia o de los abusos en que incurra quien ocupe una situación monopólica aun cuando no fueren constitutivos de delito.

Tales licencias y cualidades son de gran trascendencia social y económica para el país, pero ello no debe significar que este marco de atribuciones no sea coincidente con los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República que señalan el límite constitucional al cual deben ajustarse los órganos del Estado en su actuar, en este caso, la Comisión Resolutiva Antimonopolio.

Como tribunal especial de justicia rige respecto de esta Comisión el principio de juridicidad por el cual no puede sobrepasarse en el ejercicio de sus atribuciones –contenidas de manera general en el artículo 6° y específicamente en el artículo 17 del texto de la libre competencia–, so pena de incurrir en un acto nulo originando las responsabilidades y sanciones que la ley señale.

Para el ejercicio de las mismas atribuciones debe seguirse todo un procedimiento estatuido en el artículo 18, letras A) a P) del D.L. 211, que son la consagración de un conjunto de normas que fijan un debido proceso legal exigido por el artículo 19 N° 3 de la Constitución. Más aún, el artículo 7° de la Carta Fundamental se encarga de señalar que los órganos del Estado, cualquiera sea este, ya un tribunal, un órgano administrativo –centralizado o descentralizado–, una municipalidad, el Fisco, etc., deben actuar dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley para que su acción sea válida.

No puede, entonces, el máximo órgano del sistema de la libre competencia resolver como lo ha hecho en reiterados pronunciamientos fundándose para ello en hechos que ha estimado perjudiciales para el interés común, en cuanto limitan o eliminan la libre competencia, res-

tringiendo, de paso, el ejercicio de las garantías constitucionales que consagran el derecho a desarrollar actividades empresariales, la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, el derecho de propiedad, la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica y la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio, toda vez que ello importaría atribuirse otra autoridad o derechos contrarios a los que expresamente le confirió la ley. Solo por ley, y de muy alto quórum de aprobación, pueden limitarse, suspenderse y conculcarse los derechos y garantías fundamentales de la Ley Suprema y solo en atención a situaciones especiales por causas también especiales. Por lo tanto, las normas de los artículos 6° y 7° de la Carta sobre primacía constitucional, legalidad y vinculación directa de sus normas les resultan plenamente aplicables a estos órganos.

El D.L. 211 no permite, ni podría hacerlo, que dichos órganos, aun cuando alegasen que se sujetaron en el ejercicio de sus facultades a lo prescrito en su ley, puedan regular, limitar o restringir las garantías constitucionales.

Con anterioridad de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.542, sobre modernización de puertos, no había pronunciamientos de los organismos antimonopolio que se atribuyeran facultades para regular mercado. No obstante, con motivo de la aplicación de esta ley se planteó, por primera vez, la regulación de los mercados por vía administrativa.

De esta manera, la Comisión Preventiva Central estableció, administrativamente, limitaciones y regulaciones en el mercado portuario que conllevan prohibiciones de adquisición del dominio de ciertos bienes e impedimentos para el ejercicio de actividades económicas lícitas. Para ello sostuvo que su competencia para regular la actividad económica se fundamenta en que el D.L. 211, de 1973, es de rango constitucional y tiene el carácter de ley orgánica constitucional por así disponerlo la disposición quinta transitoria de la Constitución. Con esto, dicha normativa constituiría un ordenamiento jurídico especial que prima por sobre cualquier otro en materia de competencia.

Por su parte, la Comisión Resolutiva, informando de un recurso de queja en el caso de la modernización portuaria, sostuvo en su informe que "... Las funciones del tribunal de la libre competencia encuentran su respaldo expreso en las normas de la Constitución Política que dan contenido al derecho que se aplica en protección de la libre competencia en materias económicas. Que antes de la Constitución Política de 1980, su sustento se encontraba en el Decreto Ley N° 211, de 1973, y que según lo aclaró el Decreto Ley N° 788, de 1974, tiene rango constitucional. La disposición quinta transitoria de la Constitución de 1980, por su parte, confirmó el carácter constitucional del Decreto Ley N° 211, de 1973".

En este mismo aspecto las empresas portuarias consideraron que "... La economía de mercado reconoce la libertad para participar en él, pero para que ello conduzca a resultados justos y eficientes, consagra la facultad esencial del Estado para establecer reglas que limiten la consolidación de posiciones privadas de poder que afecten la libre competencia, en perjuicio del bien general (...) Que la Constitución Política reconoce la actividad empresarial que ella garantiza, pero acepta situaciones en que las características del mercado justifican establecer resguardos en beneficio del interés de la comunidad. De esta manera, el orden público materializa, por un lado, la función social de la propiedad; y, por otro, la potestad normativa estatal que confiere un marco de legitimidad al ejercicio de la libre iniciativa económica".

Ahora bien, compartimos plenamente la opinión de la consejera del Colegio de Abogados, Sra. Olga Feliú, en cuanto a que el Decreto Ley 211, de 1973, no tiene rango constitucional, ya que sostener dicho rango en virtud del Decreto Ley N° 788, de 1974, "... Resulta actualmente inoficioso plantearlo o sostenerlo, pues ello lo sería de la Constitución Política de 1925, que está derogada, al igual que sus modificaciones por la Constitución Política de 1980, reformada por la Ley N° 18.825, de 1989, y las diferentes modificaciones aprobadas por el parlamento (...). En lo que dice relación con la disposición quinta transitoria de la Carta Fundamental, es menester señalar, como lo indica su texto, que ella se aplica a las leyes que

requieren quórums especiales, las que seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución”.

Estamos en condición de afirmar que la única forma legal en que se pueden regular, limitar o restringir las garantías constitucionales es a través de una ley emanada del legislador en los casos que expresamente lo autoriza la Constitución, siempre con límites que ella misma ordena. Por lo demás, aunque le corresponda al legislador el ejercicio de esta atribución él no podrá nunca, en caso alguno, afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

No puede sostenerse que se cumple con el requisito establecido en el N° 21 del artículo 19 de la Carta Fundamental de exigir norma legal para la regulación del ejercicio de la actividad económica con la idea de que es el D.L. 211 esa norma legal que permite a los órganos de la libre competencia regular las actividades económicas sin limitación alguna. Ello no se ajusta a la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional. Lo que quiso el constituyente fue asegurar a todas las personas<sup>15</sup> el ejercicio de sus derechos a emprender actividades económicas y la garantía de que tales derechos solo pueden ser regulados por el legislador.

Hay diferentes fallos del Tribunal Constitucional que van también en esta línea:

1. *Sentencia de 21 de abril de 1992 (Rol 146), que declaró la inconstitucionalidad del Decreto N° 357, del Ministerio de Obras Públicas, publicado en el Diario Oficial de 19 de febrero de 1992.*

Aquí reproducimos algunas de sus consideraciones:

“11. Estas atribuciones están entregadas expresamente al legislador, al disponer el constituyente que el derecho a desarrollar una actividad económica se asegura “respetando las normas legales que la regulen”. En otras palabras, el constituyente entrega al legislador y no al administrador la facultad de disponer cómo deben realizarse las actividades económicas y a qué reglas deben someterse”.

“17. Que, del texto expresado de la disposición del artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental, se desprende con toda claridad que solamente el legislador puede determinar el modo de usar, gozar y disponer de la propiedad y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social.

Más aún, esa garantía importa, además, que en ningún caso, ni aun por ley, se pueda afectar la esencia del derecho con medidas como privar o reducir gravemente el derecho de uso, goce o disposición. Ello resulta con toda nitidez del artículo 19 N° 26 de la Constitución Política...”<sup>16</sup>.

2. *Sentencia de 6 de abril de 1993 (Rol 167), recaída en el Decreto N° 327, del Ministerio de Obras Públicas, publicado en el Diario Oficial de 29 de diciembre de 1992.*

Aquí se señaló:

“12. Que si bien por “regular”, conforme al diccionario de la Real Academia, debe entenderse: “Ajustado y conforme a reglas”, ello no podría jamás interpretarse en el sentido de que se impida el libre ejercicio del derecho. Por otra parte, si bien al regular se pueden establecer limitaciones y restricciones al ejercicio de un derecho, estas claramente, de acuerdo al texto de la Constitución, deben ordenarse por ley y no mediante normas de carácter administrativo. No podríamos entender en otro sentido la expresión “las normas legales que la regulen”, pues ello significaría violentar no solo las claras normas del artículo 19 N° 21, sino que, también, sería aceptar que el administrador puede regular el ejercicio de los derechos constitucionales sin estar autorizado por la Constitución”.

<sup>15</sup> Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: (...).

<sup>16</sup> Este artículo hace referencia a lo que ya se ha dicho con anterioridad respecto a que no se podrá nunca, en caso alguno, afectar los derechos en su esencia, ni imponer tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

### 3. Sentencia de 28 de febrero de 1994 (Rol 185)

Este falló declaró lo siguiente:

"Dicho precepto vulnera la Constitución en cuanto dispone que las regulaciones especiales que se establezcan conforme al artículo 32 del mismo proyecto, por decreto supremo y de acuerdo a un reglamento, "podrán comprender restricciones totales o parciales al uso de vehículos motorizados contaminantes y prohibiciones totales o parciales de emisión a empresas, industrias, faenas, actividades que produzcan o puedan incrementar la contaminación ambiental" (inciso tercero). Y la vulnera:

"c) Porque al establecer el referido artículo 49 del proyecto "restricciones" totales o parciales al uso de vehículos motorizados contaminantes, infringe el artículo 19 N° 24 de la Constitución, que permite que solo la ley pueda "establecer" el modo de usar, gozar y disponer de los bienes sobre los cuales se tiene derecho de propiedad, y "establecer" limitaciones que se deriven de su función social, función que comprende entre otros cuanto exija "la conservación del patrimonio ambiental" (inciso segundo).

Aquí no es la "ley" la que establece las condiciones o requisitos, sino que se reenvía ello a la determinación que haga el Presidente de la República mediante un "acto administrativo reglamentario" (inciso cuarto en relación con el artículo 32 del proyecto); ello vulnera, además, los artículos 6° y 7°, y los artículos 1°, inciso cuarto y 5°, inciso segundo de la Carta Fundamental;

"d) Porque el establecer "prohibiciones totales o parciales" de emisión a empresas, industrias, faenas o actividades que produzcan o puedan incrementar la contaminación ambiental, viola el artículo 19 N° 21, inciso primero, de la Constitución Política, que reconoce a todas las personas "el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen". La regulación de la actividad referida es materia de reserva legal y el artículo 49 del referido proyecto no es precisamente quien regula el punto, sino que expresamente reenvía a regulaciones dictadas por la autoridad administrativa, por medio de un reglamento administrativo; por ello mismo vulnerarse también los artículos 6° y 7°, 1°, inciso cuarto, y 5°, inciso segundo, de la Constitución".

Las acciones de amparo económico y de protección son perfectamente compatibles:

Muchas veces las Cortes de Apelaciones del país han declarado inadmisibles algún recurso de amparo económico o de protección, respectivamente, cuando previo a él ya existe alguno de estos dos recursos interpuesto por la misma parte y por la misma materia. Todo ello en atención a las reglas generales de competencia de la radicación y el grado contenidas en el Código Orgánico de Tribunales, destinadas a evitar que dos órganos jurisdiccionales se aboquen eventualmente a dictar resoluciones contradictorias sobre una misma materia.

Así, los denunciados sostienen reiteradamente la absoluta improcedencia de la acción de amparo económico cuando previamente se hubiera presentado un recurso de protección, habida consideración del carácter exclusivo y excluyente del amparo penal.

Los recursos de amparo económico y de protección pueden interponerse conjunta o simultáneamente, puesto que se trata de acciones distintas y compatibles. Las razones para sostener lo anterior son las siguientes:

El artículo único de la Ley N° 18.971 establece que cualquier persona podrá denunciar las infracciones al artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, agregando que el actor no necesitará tener interés actual en los hechos denunciados.

De esta manera, el recurso de amparo económico es una acción jurisdiccional especial creada por ley que tiene el carácter de orgánica constitucional, con el objeto de cautelar la garantía constitucional de la libertad económica.

Su objetivo es poner término a la conducta que ha motivado la acción, sin especificar la calidad u objetivos del sujeto transgresor. Esta acción jurisdiccional es de tipo conservador, especial y popular.

Las infracciones al N° 21 del artículo 19 pueden consistir en privaciones del derecho, perturbaciones o amenazas o cualquier otra forma de vulneración de cualquier elemento constitutivo del precepto del N° 21 citado. Puede apreciarse, entonces, que esta acción es mucho más amplia que el recurso de protección. Por lo tanto, la referencia al N° 21 debe entenderse hecha a sus dos incisos, ya que la ley no hizo distinción alguno entre ellos.

No obstante que la garantía en comento se encuentra amparada por el recurso de protección, nada obsta a que también se halle resguardada por el recurso de amparo económico, puesto que ambas acciones son perfectamente compatibles y pueden interponerse conjunta o simultáneamente. Ambas cautelan la libertad económica, pero ellas pueden tener actores diferentes, ya que la acción de amparo económico es de carácter popular, en cambio la acción de protección solo es ejercitada por el que sufre privación, perturbación o amenaza por actos u omisiones ilegales o arbitrarios. Además, el amparo económico se dirige en contra de la infracción a la garantía constitucional, a diferencia del recurso de protección que se dirige en contra de actos u omisiones ilegales o arbitrarios que producen privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales, de lo cual se desprende que esta última acción constitucional es mucho más estricta.

Por otra parte, es necesario recordar que el ejercicio de la acción de protección es sin perjuicio de los demás derechos que puedan hacerse valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes, significando esto que ambas acciones son perfectamente compatibles.

Como puede apreciarse, el legislador agregó al recurso de protección la posibilidad de intentar adicionalmente la acción de amparo económico, tal como se desprende de la historia fidedigna del establecimiento de esta acción, según se dejó constancia en el mensaje del Presidente de la República que motivó la Ley 18.971.

#### ANEXO

##### LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA DICTACIÓN DE MEDIDAS PRECAUTORIAS: FUNDAMENTO PLAUSIBLE PARA LA INTERPOSICIÓN DE LOS MECANISMOS CONSTITUCIONALES CONTRA LA RESOLUCIÓN QUE LAS CONCEDE

El mensaje que envió al Congreso Nacional el Presidente de la República, don Jorge Montt, con fecha 1 de febrero de 1893, en el que propone la aprobación del Código de Procedimiento Civil que rige en la actualidad, en la parte que se refiere a las medidas precautorias, dice lo siguiente: "... La reglamentación de las medidas precautorias, sobre lo cual nada fijo existe en nuestro actual procedimiento, es punto delicado, pues se hace preciso conciliar la seguridad del derecho del actor y el respeto a la propiedad del demandado".

El legislador, desde los orígenes de la ley que regula esta materia, se preocupó de armonizar los derechos de ambos litigantes, razón por la cual puede afirmarse que tras las medidas precautorias hay una preocupación por el principio de igualdad de las partes en juicio.

Nuestro Código de Procedimiento Civil reglamenta las medidas precautorias en el Título V del Libro II en sus artículos 290 a 302. Si nos fijamos en el artículo 290, inciso 1°, nos daremos cuenta que dicho artículo no establece propiamente la definición de lo que es una medida precautoria, sino que uno de los efectos de las mismas. Dicho inciso 1° dice así: "Para asegurar el resultado de la acción, puede el demandante en cualquier estado del juicio, aun cuando no esté contestada la demanda, pedir una o más de las siguientes medidas...". Este proceder es lógico, pues de haber entrado el Código en definiciones podría haber incurrido en limitaciones, dificultando así la consiguiente interpretación.

Con el mismo propósito de proteger tanto los intereses del actor como del demandado, la ley le da a las medidas precautorias el carácter de provisionales. "... En consecuencia, deberán hacerse cesar siempre que desaparezca el peligro que se ha procurado evitar o se otorguen cauciones suficientes"<sup>17</sup>. Además de esto, se ha entregado la opción al demandante de solici-

<sup>17</sup> Artículo 301, Código de Procedimiento Civil.

tar el cambio de unas por otras, según convengan las nuevas a sus intereses, siempre y cuando se cumpla con los requisitos exigidos por la ley para las nuevas medidas que se proponen.

Igual facultad tiene el demandado, por cuanto, demostrado que una medida precautoria le perjudica gravemente, puede pedir su reemplazo por otra que resguarde el resultado de la acción. Esto se desprendería del artículo 291 en cuanto dice que "... Deberán hacerse cesar, siempre que desaparezca el peligro que se ha procurado evitar o se otorguen cauciones suficientes". De este artículo parece desprenderse que da esta facultad al demandado, y del 290 en cuanto faculta al demandante a pedir una o más de las medidas que esa disposición enumera.

Si el demandado considera que una medida lo perjudica, por ejemplo, una prohibición de celebrar actos o contratos respecto a un determinado bien, tiene la facultad que le otorga el artículo 301 del Código de Procedimiento Civil, o sea, la de otorgar cauciones suficientes en sustitución. Esto se desprende de la idea de que las medidas precautorias no tienen por objeto perjudicar sino asegurar el resultado de la acción.

Las medidas precautorias deben limitarse a aquellos bienes necesarios para responder a las resultas del juicio, y es lógico que así sea, puesto que en definitiva constituyen una limitación a la propiedad. Una prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados, el secuestro de la cosa que es objeto de la demanda o la retención de determinados bienes no son sino una limitación a los derechos que sobre esos mismos objetos tiene el demandado.

De mucha utilidad práctica sería en este caso el N° 7 del artículo 31 de la Ley 3.390 de 15 de julio de 1918, modificatoria del Código de Procedimiento Civil, que se refirió a las causales de queja que se pueden interponer con motivo de la concesión de las medidas precautorias. La disposición expresa que se considera falta o abuso grave de los jueces, corregible por medio de la queja, "... Cuando dictaren medidas precautorias manifiestamente injustificadas e innecesarias o negaren en la misma forma las que se soliciten con fundamentos plausibles y apareciere en uno y otro caso que se ha producido un daño irreparable a la parte que reclama de ellas". Para evitar que las medidas precautorias se prestasen para abusos fue necesario la disposición contenida en el artículo 31 N° 7 de la Ley N° 3.390, citado.

Las condiciones generales que requieren las medidas precautorias se reducen a (1) Que exista un posible temor de daño, (2) Que este posible temor sea justo y (3) Que se acompañen comprobantes, que constituyan a lo menos presunción grave, que justifiquen la concesión de la medida. Estas condiciones son exigidas a todas las medidas precautorias y son generales a ellas, salvo aquellas que exige la ley para la concesión de cada una en particular.

Las condiciones (1) y (2) son cuestiones de hecho que el tribunal debe decidir si existen o no, pero para que este determine, es necesario que el actor acompañe documentos necesarios que hagan presumible su derecho (3). Así, según la naturaleza de los antecedentes que se acompañen, el Tribunal las decretará o no.

Sostenemos que si los comprobantes acompañados por los demandantes en apoyo del derecho que reclaman no constituyen de manera alguna la presunción que la ley exige para decretar medidas precautorias, el juez que otorga dichas medidas sin que se reúnan los requisitos de gravedad que exige el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil<sup>18</sup>, comete falta o abuso, por lo que es procedente el recurso de queja en contra de estas resoluciones.

Bajo las reglas generales de procedimiento, contenidas en el Código de Procedimiento Civil, puede afirmarse que una vez oída la parte a favor de quien se encuentra decretada la medida precautoria, el juez procederá a fallar la solicitud presentada por el afectado, de acuerdo con las reglas generales de la tramitación incidental, ya que es una cuestión accesoria al juicio que requiere un pronunciamiento especial y no tiene señalada en la ley un procedimiento ad hoc. Esto lo confirma el artículo 85 del Código Procedimiento Civil, Título IX, De los incidentes, el cual señala:

<sup>18</sup> Artículo 298 del Código de Procedimiento Civil: "Las medidas precautorias de que trata este título se limitarán a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio; y para decretarlas deberá el demandante acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama. ..."

“Toda cuestión accesoria de un juicio que requiera pronunciamiento especial con audiencia de las partes, se tramitará como incidente y se sujetará a las reglas de este título, si no tiene señalada por ley una tramitación especial”.

En lo que refiere a la ley de la libre competencia formulada por el D.L. 211, de 1973, encontramos en su artículo 18, letra O, la facultad de la Comisión Resolutiva Antimonopolios de decretar medidas precautorias. Dicho precepto expresa lo siguiente:

“O.- La Comisión, de oficio o a petición de parte, podrá decretar, por el plazo que estime conveniente, todas aquellas medidas precautorias que sean necesarias para impedir los efectos de las conductas sometidas a su conocimiento y para cautelar el interés común. Estas resoluciones serán esencialmente transitorias y podrán modificarse o dejarse sin efecto en cualquier estado de la causa”.

El mismo artículo recién citado se encarga de regular de manera muy escueta la forma de resolver los incidentes que se promuevan en el juicio. La letra H de tal disposición señala:

“H.- Las cuestiones accesorias al asunto principal sometido al conocimiento de la Comisión, serán falladas de plano. En su defecto, se dejará su resolución para definitiva y el incidente se tramitará conjuntamente con lo principal y se recibirá a prueba, si la Comisión lo estima necesario”.

Por último, la misma norma expresa en su letra P que “Las normas contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil regirán como supletorias al procedimiento fijado en el presente artículo, en todo aquello que no sean incompatibles con él”.

Del análisis de estas disposiciones surge de inmediato la siguiente pregunta: ¿Pueden concederse una o más medidas precautorias sin escuchar a la parte afectada, sin exigir al requirente caución de ninguna naturaleza y sin que se aporten pruebas para acreditar las imputaciones? Todo parece indicar que estaríamos ante una conducta absolutamente parcial y arbitraria y ante una resolución abiertamente discriminatoria, injustificada y violatoria de las normas legales. Toda vez que el tribunal de la competencia falle la solicitud de medidas precautorias de plano, estará incurriendo en una actuación injusta y abusiva. Con esto, pensamos que no puede concederse tal discrecionalidad al órgano de la competencia, puesto que su decisión puede causar un menoscabo en los derechos tanto del afectado como de terceros que hubieren contratado con él. (Recordar el caso de los contratantes del servicio Calling Party Pays Plus que vieron afectados sus contratos válidamente celebrados con Startel S.A., con motivo de la dictación de la medida precautoria de 10 de febrero de 1998, que impidió a Startel comercializar dicho servicio).

Otro punto interesante de análisis es ver si proceden o no recursos ordinarios o extraordinarios en contra de la resolución que concede las medidas precautorias.

Una primera aproximación a la ley de la libre competencia pasa por el análisis de la letra L, del artículo 18, del D.L. 211. Dicha norma señala:

“L.- Las resoluciones que dicte la Comisión, incluso la sentencia definitiva, no serán susceptibles de recurso alguno, salvo lo previsto en el artículo 19°”.

Por su parte el artículo 19°, en su inciso primero, afirma que “Solo serán reclamables las resoluciones de la Comisión Resolutiva que dispongan (1) la modificación o disolución de las personas jurídicas, (2) la inhabilidad para ocupar determinados cargos en colegios profesionales o instituciones gremiales, y (3) la aplicación de multas”.

La ley de la competencia fue taxativa al momento de precisar que solo son recurribles las resoluciones antes indicadas. A contrario sensu, las resoluciones que conceden las medidas precautorias no son susceptibles de recurso alguno.

#### COMENTARIO FINAL

Después de una reflexión en torno al problema nos atrevemos a afirmar que hay un doble motivo para sostener la procedencia de las acciones constitucionales en contra de tales resoluciones:

1° Por aplicación de las normas contenidas en los libros I y II del Código de Procedimiento Civil que "...regirán como supletorias al procedimiento fijado en el presente artículo, en todo aquello que no sean incompatibles con él"<sup>19</sup>.

Aplicando estas normas podemos distinguir las siguientes situaciones:

A. Si la naturaleza de la resolución que recae en una solicitud de medidas precautorias es una sentencia interlocutoria, topamos con lo prescrito en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, el cual expresa:

"Son apelables todas las sentencias definitivas y las interlocutorias de primera instancia, salvo en los casos en que la ley deniegue expresamente este recurso".

Esta norma del Código de Procedimiento Civil nos reenvía al D.L. 211, el cual en sus artículos 18, letra L y 19, inciso primero, priva a la resolución en estudio de la posibilidad de recurrirse en contra de ella. O sea, no es susceptible de recurso alguno porque así lo estableció la ley del D.L. 211. Además, no podría aplicarse la norma del artículo 187 en forma supletoria, puesto que ello es incompatible con el procedimiento fijado en el artículo 18 del D.L. 211 que deniega expresamente la procedencia de recurso alguno.

B. Si la naturaleza de la resolución que recae en una solicitud de medidas precautorias es un auto, esto es, "... la resolución que recae en un incidente no comprendido en el inciso anterior"<sup>20</sup>, topamos con lo prescrito en el artículo 188 del Código de Procedimiento Civil, el cual expresa:

"Los autos y decretos no son apelables cuando ordenan trámites necesarios para la substanciación regular del juicio; pero son apelables cuando alteran dicha substanciación o recaen sobre trámites que no están expresamente ordenados por la ley. Esta apelación solo podrá interponerse con el carácter de subsidiaria de la solicitud de reposición y para el caso que esta no sea acogida".

De la norma recién citada queda claro que si la resolución de la Comisión Resolutiva que acoge las medidas precautorias fuese un auto, dicha resolución tampoco es susceptible de recurso alguno al constatarse el hecho de que no se estaría en ninguno de los dos presupuestos del citado artículo para que la resolución pueda ser apelada. Más aún, por aplicación de los mismos artículos del D.L. 211 citados anteriormente (artículos 18, letra L y 19), corroboramos el hecho de que tampoco es reclamable el auto en este caso, ya que también sería incompatible la procedencia de recursos contra esta resolución cuando es la misma ley del D.L. 211 la que prohibió la posibilidad de recurso alguno.

Queda de manifiesto que la ley ha dejado a las personas y empresas ante una evidente desprotección y que, por lo tanto, son admisibles las acciones constitucionales —tanto el Recurso de Protección como el Recurso de Amparo Económico— cuando las resoluciones en comento limitan el ejercicio de los derechos fundamentales amparados por estos recursos. Deben declararse admisibles y someterse a tramitación siempre que se cumpla con los requisitos de admisibilidad propios de cada recurso, y declararse procedentes cuando se cumple con los requisitos de fondo de cada uno de ellos, los que se encuentran en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y artículo único de la Ley 18.971, respectivamente. De lo contrario, no habría posibilidad alguna de defensa contra la discrecionalidad del órgano antimonopolio.

Procesalmente los afectados siempre van a poder solicitarle al tribunal la reposición de su resolución, pero es evidente que esta no constituye un recurso procesal para la impugnación de resoluciones. Se trata de una solicitud que busca la reconsideración de lo resuelto y ante el mismo tribunal, por lo que en ningún caso puede considerarse un recurso toda vez que "recurrir" implica ir a un superior jerárquico para que vuelva a conocer el asunto y fallar nuevamente. Por lo demás, casi todas las solicitudes de reposición son rechazadas, según lo hemos podido constatar al estudiar la jurisprudencia existente en esta materia.

Sostenemos que si la ley de la competencia no concede recurso alguno, tanto ordinario como extraordinario, a las resoluciones que dicte, salvo lo previsto en el artículo 19 del D.L.

<sup>19</sup> Artículo 18, letra P, del D.L. 211.

<sup>20</sup> Artículo 158, inciso 4°, del Código de Procedimiento Civil.

211, la inconstitucionalidad sería evidente si se afectaran los derechos constitucionales y no hubiera forma alguna de protección o defensa. Ante esta injusta situación afirmamos con convicción que la única posibilidad de defensa contra los abusos del órgano antimonopolio está en los mecanismos constitucionales que hacemos presente en este capítulo.

2° Por la propia jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia, es perfectamente posible sostener que las resoluciones de la Comisión Resolutiva son recurribles de Amparo Económico.

En efecto, siguiendo con el mismo análisis anterior, comprobamos el hecho de que una resolución emanada de la Comisión Resolutiva —una medida precautoria por ejemplo— no es susceptible de recurso alguno, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 18, letra L, anteriormente citado. Ahora bien, en un fallo dictado por la I. Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de un Recurso de Amparo Económico, cuyo rol fue el 3.739-90<sup>21</sup>, por los Ministros señores Alberto Chaigneau, Milton Juica y Sergio Valenzuela, se estableció la siguiente doctrina:

“... Es improcedente el recurso especial de amparo deducido conforme al Artículo 1° de la Ley N° 18.971, dirigido a dejar sin efecto resoluciones dictadas en un procedimiento administrativo, sujeto a la superintendencia de los tribunales de justicia, conforme al artículo 73 de la Constitución, y, por lo tanto, sometido al imperio del derecho”.

Se deduce del fallo respectivo que la improcedencia del amparo económico obedece a la existencia de recursos judiciales que permitan atacar la resolución violatoria. En consecuencia, en aquellos casos en que no existan recursos contra la resolución violatoria sí procedería el amparo económico, ya que de otro modo se estaría incurriendo en un abuso sin que este pueda ser atacado, precisamente por medio del recurso establecido en forma específica para tal fin.

Más aún, en la parte final del considerando 3° de dicho fallo se sostiene lo siguiente:

“... De tal manera, que no puede existir infracción alguna al artículo N° 21 de la Carta Fundamental, toda vez que las actuaciones impugnadas se han dictado conformen a las facultades jurisdiccionales, que la Constitución y la ley han entregado a los aludidos tribunales y que, de producirse agravio al actor, se tiene derecho para solicitar su enmienda por medio de los recursos ordinarios y extraordinarios que la ley franquea”.

Sostenemos, a contrario sensu, que si el actor no tiene derecho para recurrir la resolución dictada por la Comisión Resolutiva, porque esta no admite recurso alguno, sí es, entonces, procedente el recurso de amparo económico.

#### CONCLUSIONES

La legislación antimonopolios en Chile tiene sus orígenes en la dictación de la Ley N° 13.305, del año 1959, dictada bajo la administración de don Jorge Alessandri Rodríguez.

Aunque esta ley expresamente prohibía un número de prácticas comerciales y señalaba que las conductas, para ser ilegales, debían tener un efecto contrario a la libre competencia, no tenía aún la suficiente consistencia para su plena aplicación y efectividad.

Es a partir del año 1973, año de dictación del D.L. 211, que la legislación de la defensa de la libre competencia cobra verdadera significación. Sin embargo, la nueva ley es también imprecisa, pues solo señala que son ilegales todas aquellas conductas contrarias a la libre competencia sin entrar a definir concretamente qué se entiende por infracción a libre competencia.

<sup>21</sup> Gaceta Jurídica N° 122, p. 45.

Por otra parte, las conductas señaladas como atentatorias de la libre competencia nos llevan a la pregunta de si acaso ellas lo serían siempre o solo en el caso de darse otras condiciones.

Se da aquí una disyuntiva entre flexibilidad, entendida como necesaria para no caer en rigidismos y certeza jurídica, obtenida por la vía de tipificar ciertas conductas per se ilegales.

En esta oposición encontramos una razón para sostener que los organismos antimonopolio adquieren una ineludible responsabilidad al momento de determinar si una conducta es o no ilegal, todo ello en función exclusiva de los méritos de cada caso.

El análisis y resolución de estos temas se radica en las Comisiones, tanto Preventivas – Regionales y Central – como en la Comisión Resolutiva. La Comisión Preventiva Central es una instancia administrativa que puede solicitar al Fiscal requerimiento ante la Comisión Resolutiva para la imposición de sanciones y modificación de contratos para lo cual elabora dictámenes fundamentando sus decisiones. No puede ella, por sí misma, imponer tales sanciones ni modificar tales contratos, lo que sí puede practicar la Comisión Resolutiva.

La Comisión Resolutiva, como ya se ha dicho anteriormente, es un tribunal especial creado por el artículo 6° del D.L. 211, que ejerce funciones jurisdiccionales en los casos y forma que establecen los artículos 17 letra a) y e) y artículo 18, inciso 4°. El poder de imperio, atributo consustancial a todo tribunal, se encuentra consagrado expresamente en el citado artículo 17 letra a).

Tanto el artículo 73 de la Constitución Política de la República como el artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales reconocen expresamente la existencia de órganos jurisdiccionales distintos de los tribunales ordinarios, los cuales quedan sometidos a las normas orgánicas de orden procesal destinadas a resguardar la independencia e imparcialidad de todo tribunal que ejerce jurisdicción.

Sin perjuicio de lo anterior, el carácter jurisdiccional se ve refrendado por la procedencia del Recurso de Queja en contra de las resoluciones que dicta la Comisión Resolutiva en ejercicio de sus atribuciones contenidas en dichos artículos.

La vasta jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema en esta materia confirma el carácter de tribunal especial de dicha comisión, calidad que el legislador estableció por la relevancia de los bienes jurídicos protegidos por el sistema de la defensa de la libre competencia. Solo en casos muy especiales y expresamente consagrados por ley puede la Comisión Resolutiva emitir informes o pronunciamientos con contenido decisorio de carácter netamente administrativo. Estas atribuciones son distintas a las de orden jurisdiccional que le son propias en cuanto tribunal establecido expresamente por el D.L. 211.

La Comisión Resolutiva cumple funciones de carácter administrativo toda vez que no se halla en la situación de la letra a) del artículo 17 del D.L. 211 (incluyéndose también las letras e) y F), respectivamente).

Establecido que la Comisión Resolutiva es un Tribunal de Justicia, como tal, queda sujeto a los límites que la Constitución Política le establece, y dada la trascendencia social y económica de sus facultades, está sometida al principio de juricidad que emana de los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental, debiendo siempre sustentar sus resoluciones en hechos que no den margen a decisiones arbitrarias.

El artículo 6° del D.L. 211 consagra el marco de atribuciones de los órganos antimonopolio en términos generales. Tales facultades se resumen en la prevención, investigación, corrección y represión de los atentados a la libre competencia o de los abusos en que incurra quien ocupe una situación monopólica, aun cuando no fueren constitutivas de delito.

Para ser coincidentes con los artículos 6° y 7° del Texto Superior, estas facultades deben ejercerse de modo tal que no excedan el ámbito del mismo artículo 6° del D.L. 211 y artículo 17, respectivamente.

En el ejercicio de estas atribuciones la Comisión Resolutiva debe sujetarse al procedimiento establecido en las letras a) a la p) del artículo 18 del D.L. 211. Las resoluciones que se dicten en estos procesos no son susceptibles de recurso alguno, salvo que se interponga el Recurso Especial de Reclamación cuyo conocimiento y fallo corresponde a la Corte Suprema.

Si bien el máximo tribunal de la nación es la instancia final para estos casos, en la práctica casi la totalidad de las resoluciones emanadas de la Comisión Resolutiva son confirmadas por este tribunal. La razón para ello sería la mayor especialización del órgano de la libre competencia.

Debe tenerse presente que aunque la Comisión Resolutiva adopte sus acuerdos por mayoría de votos y lo haga "en conciencia", ello no autoriza la arbitrariedad. Como consecuencia de lo anterior, dicha Comisión no tiene más facultades y atribuciones que las expresamente previstas por el legislador, las que se encuentran limitadas o restringidas por las garantías constitucionales.

Tales garantías fundamentales —entre ellas el derecho de dominio, sus facultades esenciales y la posibilidad de adquirir bienes consagrados en los números 21, 23 y 24 del artículo 19 de la Constitución— solo pueden ser reguladas, limitadas o restringidas por el legislador en los casos en que el Código Político lo autoriza y con las limitaciones que ella misma ordena. Además el legislador no podría en caso alguno afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Esta facultad legislativa no puede ser delegada al Presidente de la República, ni siquiera a través de un D.F.L. Menos aún puede sostenerse que podría hacerlo un órgano de la administración.

Son, por lo tanto, perfectamente admisibles y procedentes los mecanismos constitucionales, tanto el Recurso de Protección, como el Recurso de Amparo Económico, para impugnar las resoluciones dictadas por la Comisión Resolutiva cuando ellas privan, perturban o amenazan, por medio de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, el legítimo ejercicio de un derecho constitucional expresamente salvaguardado por el constituyente, o cuando infringen alguno de los elementos constitutivos del artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental.

Todo ello, si se considera que no aceptar estas vías de impugnación implicaría dejar en la indefensión a los particulares frente a una serie de resoluciones, acuerdos, pronunciamientos, etc., que no son susceptibles de recurso alguno, según lo establece la propia normativa del D.L. 211.

Otro punto en el que hemos puesto énfasis en este trabajo es la existencia de un fundamento más que suficiente para la interposición de estos mecanismos constitucionales en contra de las resoluciones que conceden medidas precautorias, toda vez que en su dictación se vulneren los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución.

Este tema es particularmente relevante por cuanto la Comisión Resolutiva tiene la discrecionalidad para adoptar todas aquellas medidas precautorias que sean necesarias para impedir los efectos de las conductas sometidas a su conocimiento y para cautelar el interés común. Más aún, se pronuncia respecto de ellas fallándolas "de plano", sin escuchar a la parte afectada, sin exigir al requirente caución de ninguna naturaleza y sin que se aporten pruebas para acreditar las imputaciones.

Todo parece indicar que tal conducta es abiertamente discriminatoria, injustificada y violatoria de las normas legales. Con esta actuación injusta y abusiva no solo menoscaba los derechos del afectado, sino que también de terceros, razón por la cual se hace perfectamente imperioso sostener que tales mecanismos constitucionales son la única vía de defensa, más aún si ya se constató en el Capítulo III que no existen recursos ordinarios o extraordinarios en contra de la resolución que los concede.

En una economía pequeña como la chilena se requiere de una institución antimonopolio profesional, que vele por la libre competencia entre las empresas, que realice sus funciones con independencia de los otros órganos monopólicos —sobre todo de la Fiscalía, si se considera que es parte interesada en las causas que patrocina ella— y que supere las críticas a la conformación más política que técnica de sus integrantes, con lo cual se pueda garantizar su eficiencia e idoneidad. No obstante, la función que le ha cabido a la Comisión Antimonopolio desde el surgimiento de su ley hasta ahora es de vital importancia, ya que ha sido ella la que se ha pronunciado sobre un gran número de casos, de distintas materias y abarcando distintos sectores de la actividad económica, constituyéndose en un órgano jurisdiccional que resuelve conflictos intersubjetivos de intereses de relevancia jurídica, mediante sentencias.

Pese a todo lo anterior aún quedan muchas preguntas pendientes y sin resolver, las cuales deben ser objeto de otros estudios. Uno de los temas que no está resuelto es determinar quién responde de los perjuicios causados a las empresas que se han visto afectadas por las resoluciones emanadas de los órganos antimonopolio. Si una prohibición de celebrar actos o contratos, o una medida precautoria que impide la comercialización de algún producto mientras no se resuelva si se ha infringido o no la libre competencia produce perjuicios, ¿puede sostenerse que hay responsabilidad objetiva del Estado? Al parecer los fallos de nuestra jurisprudencia que se han pronunciado al respecto han dejado lesionados los intereses patrimoniales de los recurrentes, cuando sería de toda lógica, y por sobre todo de toda justicia, dejar a estas empresas indemnes de los abusos cometidos contra ellas.

La verdad es que la materia de este trabajo ha tenido un tratamiento más o menos uniforme a lo largo de la jurisprudencia. Esta última no ha visto con buenos ojos esta nueva práctica que se estaría dando en los tribunales en orden a impugnar las resoluciones de la Comisión Resolutiva. Se sostiene diciendo que por su carácter de órgano técnico sus pronunciamientos serían más infalibles a los del resto de las Cortes del país si acaso ellas decidieran entrar a conocer el fondo de los asuntos en conflicto. Esta no es razón para no dar una debida protección a todo aquel que vea amagados sus derechos fundamentales garantizados y asegurados por la Carta Fundamental. Es por ello que sostenemos la admisibilidad y procedencia de estos mecanismos constitucionales, todo lo cual se entiende en razón de la supremacía de la Constitución por sobre cualquier otro texto legal.